العروة الوثقى

تأليف

[illegible]

والتعليقات عليها

الجزء الخامس عشر

الضمان - الحوالة - النكاح - الوصية

إعداد

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحیم

العروة الوثقى والتعليقات عليها

كاتب:

موسسه جهانى سبطين عليهما السلام

نشرت فى الطباعة:

موسسه السبطين (عليه السلام) العالميه

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

العروه الوثقی و التعلیقات علیها المجلد ۱۵

اشاره

عنوان قراردادی : عروه الوثقی . شرح

عنوان و نام پدیدآور : العروه الوثقی تالیف آیه الله العظمی السیدمحمدکاظم الطباطبائی الیزدی قدس سره والتعلیقات علیها/ اعداد موسسه السبطین علیهما السلام العالمیه.

مشخصات نشر : قم: موسسه السبطین علیهماالسلام العالمیه، ۱۴۳۰ق.-= ۱۳۸۸ -

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : دوره : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۵۰-۴ ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۱ : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۲۷-۶ ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۲ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۵۴-۲ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۳ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۶۲-۷ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۴ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۷۱-۹ : ؛ ۷۵۰۰۰ ریال : ج.۵ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۷۱-۹ : ؛ ۸۰۰۰۰ ریال : ج.۶ : ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۸۲-۵ ؛ ۹۰۰۰۰ ریال : ج.۷ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۹۵-۵ : ؛ ج.۸ ۹۷۸-۹۶۴-۸۷۱۶-۹۸-۶ : ؛ ج.۱۰ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۰۷-۹ : ؛ ج.۱۱ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۱-۶ : ؛ ج.۱۲ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۴-۷ : ؛ ج.۱۳ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۶-۱ : ؛ ۲۶۰۰۰۰ ریال: ج.۱۴ ۹۷۸-۶۰۰-۷۰۷۰-۱۸-۵ :

وضعیت فهرست نویسی : فاپا

یادداشت : عربی.

یادداشت : ج.۲-۴ (چاپ اول: ۱۴۳۰ ق.= ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۵ (چاپ اول:۱۴۳۰ ق = ۱۳۸۸).

یادداشت : ج.۶ (چاپ اول: ۱۴۳۱ق= ۱۳۸۹).

یادداشت : ج.۷ (چاپ اول: ۱۴۳۲ ق.= ۱۳۹۰) (فیپا).

یادداشت : ج.۸ و ۹ و ۱۱(چاپ اول: ۱۴۳۵ق. = ۱۳۹۳) (فیپا).

یادداشت : ج.۱۰ (چاپ اول : ۱۴۳۵ق.= ۱۳۹۳).

یادداشت : ج. ۱۲ و ۱۳ (چاپ اول: ۱۴۳۷ ق. - ۱۳۹۴) (فیپا).

یادداشت : ج.۱۴ (چاپ اول: ۱۴۳۷ ق. = ۱۳۹۵)(فیپا).

مندرجات : ج.۱. الاجتهاد والتقلید - الطهاره (نهایه الماءالمستعمل).- ج.۲. الطهاره (الماءالمشکوک- طرق ثبوت التطهیر).- ج.۳. الطهاره (حکم الاوانی- حکم دائم الحدث).- ج.۶. الصلاه (فضل الصلوات الیومیه - شرائط قبول الصلاه).- ج.۸. واجبات الصلاه و ارکانها - مبطلات الصلاه.- ج.۱۰. الصوم والاعتکاف.- ج.۱۱. (الزکاه - الخمس).-ج.۱۲. کتاب الخمس و کتاب الحج (فضله و ثوابه - شرائط وجوب حجه الاسلام).-ج.۱۳. کتاب الحج(الحج الواجب بالنذر و ... کیفیه الاحرام) و کتاب الاجاره(ارکانها- ما یکفی فی صحه الاجاره)

موضوع : یزدی، محمدکاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقی -- نقد و تفسیر

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : یزدی، محمد کاظم بن عبدالعظیم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقی. شرح

شناسه افزوده : موسسه جهانی سبطین (علیهما السلام)

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵/ی۴ع۴۰۳۸۳ ۱۳۸۸

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : ۱۱۶۱۴۵۹

ص:۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

ص:٢

العُروَهُ الوُثقَی وَ التَّعلِیقَاتُ عَلَیهَا

تالیف

الفقیه الاعظم السید محمد کاظم الطباطبایی الیزدی

الجزء الخامس عشر

الضمان-الحواله-النکاح-الوصیّه

اعداد و تحقیق: موسسه السبطین علیهما السلام العالمیّه

ص:۳

کتاب الضمان

اشاره

ص:۷

معنى الضمان وإطلاقاته وشرائطه

اشاره

وهو من الضَمْن؛ لأنّه موجب لتضمّن ذمّه الضامن للمال الّذى على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصليّه، كما يشهد له سائر تصرّفاته من الماضى والمستقبل وغيرهما. وما قيل(۱) من احتمال كونه من الضَمّ ــ فتكون النون زائده ــ واضح الفساد(۲)؛ إذ مع منافاته لسائر مشتقّاته لازمه كون الميم مشدّده(۳) .

وله إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعمّ الشامل للحواله والكفاله أيضاً، فيكون بمعنى التعهّد بالمال أو النفس.

وإطلاق بالمعنى الأخصّ(۴) ، وهو التعهّد(۵) بالمال عيناً أو منفعهً أو عملاً،

۱- القائل أكثر علماء القوم، وقلّ منهم مَن وافق أصحابنا، وفى الكتب الفقهيّه: أنّالضمان عند الشيعه نقل ذمّهٍ إلى ذمّه، ولدى العامّه ضمّ ذمّهٍ إلى ذمّه. (المرعشى).

۲- انظر المصباح المنير: ۲/۱۲، (ماده ضمن).

۳- لئلّا يلزم كون الفعل ذا حرفين. (المرعشى).

۴- ولا ريب فى أنّه منقول مألوف عند الفقهاء والمتشرّعه من المعنى الأوّل إليالثانى، كما لا ريب فى مشروعيّته بالكتاب والسنّه، بل كان ثابتاً فى الشرائع السابقه.ولاـ ريب أيضاً فى أنّ هذا المعنى المصطَلَح يعمّ الذمّه المشغوله للمضمون عنهوالبريئه. (المرعشى).

۵- ويقرب منه ما عن شيخ الطائفه قدّس سرّه (المبسوط: ۲/۳۲۵.) بأنّه: إثبات مالٍ فى الذمّه بعقد. (المرعشى).

وهو المقصود(۱) من هذا الفصل.

ويُشتَرَطُ فيه اُمور :

أحدها: الإيجاب

ويكفى فيه كلّ لفظٍ دالّ(۲) ، بل يكفى(۳) الفعل(۴) الدالّ(۵)

ص:۱۰

۱- ولعلّ الأولى تعريف ما هو المقصود من هذا الفصل بأنّه إثبات مالٍ فى الذمّه بعقد،كما فى المبسوط والوسيله(الوسيله: ۲۸۰). (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ظاهر بظهورٍ عرفيٍّ ولو بالقرينه الصارفه. (المرعشى). * عُرفاً على الضمان. (مفتى الشيعه).

۳- الأقوى عدم كفايته بدون المظهر، سيّما السابق منه. (المرعشى).

۴- فى كفايته تأمّل وإشكال. (الإصفهانى). * الأحوط بل الأقوى اعتبار الألفاظ الصريحه إيجاباً وقبولاً، كغيره من العقوداللازمه. (كاشف الغطاء). * دلاله الفعل على التعهّد وكونه إيجاداً له مجرّد فرضٍ لا واقع له. (جمال الدينالگلپايگانى). * محلّ تأمّل وإشكال. (الإصطهباناتى). * من كتابةٍ ونحوها. (السبزوارى).

۵- دلاله الفعل على التعهّد وكونه إيجاداً له مجرّد فرضٍ لا واقع له. (النائينى). * لكن لا يصدق حينئذٍ الضمان العقدىّ وعقد الضمان؛ لأنّ صدق العقد يتوقّف عليكون الإيجاب والقبول كلاهما لفظاً. (عبدالله الشيرازى). * ولو مثل الكتابه. (الشريعتمدارى). * مثل الكتابه الصريحه مع قصد إنشاء التعهّد بها، ولكنّ الأحوط عدم الاكتفاء بغيراللفظ فى الإيجاب، بل وفى القبول. (الفانى). * محلّ تأمّل. (الخمينى). * لو فرض دلالته عليه، لكنّه مجرّد فرض، وكذا فى القبول. (محمّد رضا الگلپايگانى). * ومنه الكتابه، وكذا فى القبول. (محمّد الشيرازى). * بالدلاله الظاهره على إنشاء الضمان به، لكنّ فرضه مشكل. (اللنكرانى).

ولو(۱) بضميمه(۲) القرائن على التعهّد والالتزام بما على غيره من المال.

الثانى: القبول من المضمون له

(۳)

ويكفى فيه أيضاً كلّ ما دلّ على ذلک من قولٍ أو فعل(۴) ؛ وعلى هذا فيكون من العقود المفتقِره إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكروه(۵) ، ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول(۶) على حدّ

ص:۱۱

۱- كما أنّه إذا قال شخص: مَن يضمن ويتعهّد دَين هذا المَديون؟ فأشار الّذى يريدأن يضمن إلى نفسه قاصداً به الإنشاء مع علمه بجنسه ومقداره. (البجنوردى)

۲- لو وجد فعل دالّ على ذلک على حدّ دلاله الألفاظ الدالّه عليه، لكنّ الظاهر أنّهمجرّد فرض. (البروجردى)

۳- أى إظهاره الرضا بالضمان الخاصّ. (حسن القمّى).

۴- كفايه الفعل فى ذلک محلّ إشكال. (الكوه كَمَرى). * إذا لم يكن الإيجاب باللفظ، وإلّا ففيه إشكال، كما مرّ. (اللنكرانى).

۵- وهو الأقوى. (البروجردى، الخمينى، محمّد رضا الگلپايگانى). * وهو الأظهر. (الشريعتمدارى). * وهو الصحيح. (الفانى). * ولعلّه الأظهر. (اللنكرانى).

۶- فيه تأمّل. (الفيروزآبادى).

سائر العقود اللازمه(۱) ، بل(۲) یکفی رضا(۳) المضمون(۴) له(۵) سابقاً(۶) أو لاحقاً، کما عن الإیضاح(۷) والأردبیلیّ(۸)، حیث قالا: یکفی فیه الرضا، ولا یعتبر القبول العقدیّ.

بل عن القواعد(۹) : وفی اشتراط قبوله احتمال(۱۰).

۱- بل الأقوی علی حدّ سائر العقود اللازمه. (مفتی الشیعه).

۲- کفایه مجرّد الرضا القلبیّ حتّی السابق منه فی غایه الإشکال، نعم، لا یبعد کفایهأن یقول: رضیت، ونحو ذلک. (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- کفایه مجرّد الرضا القلبیّ حتّی السابق منه فی غایه الإشکال، نعم، لا یبعد کفایهأن یقول: رضیت، ونحو ذلک. (النائینی).

۴- لابدّ من ظهور رضاهُ بوجهٍ معتبرٍ عند العقلاء ولو لم یکن بالقول. (السبزواری).

۵- مع دلاله لفظٍ أو فعلٍ علیه، فلا یکفی الرضا الباطنی. (صدرالدین الصدر). * مشکل جدّاً. (الإصطهباناتی). * هذا إذا أبرزه فی الخارج بمُبرِز. (الخوئی).

۶- فی کفایه صرف الرضا القلبیّ بدون إنشاءٍ فی البین إشکال، خصوصاً الرضاالسابق علی إنشاء الضمان. (البجنوردی)

۷- إیضاح الفوائد: ۲/۸۱.

۸- مجمع الفائده للأردبیلی: ۹/۲۸۹.

۹- إذا کان معنی الضمان انتقال الذمّه والدَین من المضمون عنه إلی الضامن فلا معنیلعدم اعتبار القبول، ولا یُقاس بالتبرّع فی أداء الدَین، کما لا یخفی. (عبدالله الشیرازی).

۱۰- قواعد الأحکام للعلّامه الحلّی: ۲/۱۵۷.

ويمكن استظهاره(۱) من قضيّه الميّت المديون الّذى امتنع النبىّ٩ أن يصلّى عليه حتّى ضمنه علىٌّ عليه السّلام (۲)(۳) .

وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر فى العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر فى قبولها.

وأمّا رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه؛ إذ يصحّ الضمان التبرّعىّ، فيكون بمنزله وفاء دَين الغير تبرّعاً حيث لا يعتبر رضاه.

وهذا واضح فى ما لم يستلزم(۴) . . . .

ص:۱۳

۱- الفرق بين الميّت والحىّ وجداناً أسقط هذا الاستظهار. (السبزوارى). * ويَرِد على ذلك بعد الغضّ عن سند ما تضمّنها: أنّه استدلّ به على القول بعدماعتبار رضا المضمون له، والإنصاف أنّه لا يدلّ على شىءٍ منهما، والتفصيل لا يَسَعُهالمقام، فالأولى الاستدلال له بإطلاق صحيح ابن سنان المتضمّن لقوله عليه السّلام : «إذارضى به الغرماء فقد برئت ذمّه الميّت»(الوسائل: الباب (۱۴) من أبواب الدَين والقرض، ح۱.)، ولكن مع ذلك يعتبر إبرازه بمبرز خارجى. (الروحانى).

۲- الوسائل: الباب (۳) من أبواب كتاب الضمان، ح۲

۳- كما فى الخلاف(الخلاف للطوسى: ۳/۳۱۴.)، وكذا ضمن أبو قتاده فى واقعه اُخرى، كما رواه جابر(الخلاف: ۳/۳۱۵.). (المرعشى).

۴- فيه تأمّل. (صدرالدين الصدر). * بل وإن استلزم. (محمّد رضا الگلپايگانى). * وفى صوره الاستلزام الحكم بالبطلان غير واضح. (اللنكرانى).

الوفاء(۱) أو الضمان عنه ضرراً(۲) عليه(۳) ، أو حرجاً(۴) ؛ من حيث كون تبرّع

هذا الشخص لوفاء دَينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرّع وضيّع دَيناً عن شريفٍ غنيٍّ قادرٍ على وفاء دَينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً

كون الضامن(۵) بالغاً عاقلاً : فلا يصحّ ضمان الصبيّ وإن كان

مراهقاً، بل وإن أذن له الوليّ على إشكال(۶) .

۱- فيه تأمّل. (الكوه كَمَرى).

۲- اعتبار عدم الضرر والحرج على المضمون عنه فى صحّه الضمان غيرمعلوم. (الخمينى).

۳- مجرّد ذلک لاـ يوجب نفى سلطنه المالک على استنقاذ ماله، سيّما إذا قلنا بوجوبالقبول عن المتبرّع، وأمّا ارتفاع الضرر والحَرَج لاـ يوجب عدم نفوذ الضمان وأداءالدَين؛ حيث إنّهما جاءا بسوء اختياره؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الأداء، نعم، فيما إذاكان فى مقام الأداء ولكن سَبَقه المتبرّع ففى النفوذ إشكال. (عبدالله الشيرازى). * بل ولو استلزم ذلک؛ فإنّ التكليف لا يرتبط بالوضع. (الخوئى).

۴- مجرّد حَرَجيّه تخليص ذمّه غيره على صاحب الذمّه ولو بنقل الضامن ما فى ذمّهالغير إلى ذمّه نفسه برضا المالک لا يوجب نفى سلطنه المالک على استيفاء ماله ولوبجعله فى ذمّه غيره؛ إذ مثل هذه العمومات لاـ يرفع مثل هذه الإرفاقيّه؛ لأنّ فى نفيهاخلاف الامتنان على الغير، وليس للمديون سلطنه على إبقاء مال الغير فى ذمّته، بلتمام السلطنه للمالک، والضامن الجاعل مال غيره فى ذمّته بإذنه. (آقاضياء).

۵- وكذا فى الدائن. (مفتى الشيعه).

۶- عند عدم قيام مصلحهٍ عليه، وإلّا فلاـ إشكال فى جوازه؛ لعموم جهولاـيته عليه. (آقاضياء). * أقواهما عدم الصحّه. (صدرالدين الصدر). * إذا كان فى ضمانه له مصلحه وأذِن الولىّ فالظاهر أنّه لا إشكالفى صحّته. (البجنوردى) * لا إشكال فى عدم الصحّه؛ لأنّ إذن الولىّ لا يُجوِّز تصرّفات الصغير مع إطلاق«لا يجوز أمر الصبىّ حتّى يحتلم»(مسند زيد بن على: ۳۲۶، الأحكام ليحيى بن الحسين: ۱/۴۳۷، كتاب الأُمّ للشافعى: ۱۲۰،۲/۳۰، دعائم الإسلام للقاضى المغربى: ۱/۱۹۴، الخصال للصدوق: ۹۳.). نعم، لنفس الولىّ أن يجعل الصغير ضامناً إذااقتضت المصلحه. (عبدالله الشيرازى). * قوىّ. (الفانى). * الظاهر الجواز إذا كانت فيه مصلحه وإن كان هذا الفرض نادراً، وأولى بالجواز ماإذا كان المضمون له صبيّاً. (الخوئى). * لا تبعد الصحّه فى المراهق المأذون من وليّه. (محمّد الشيرازى).

ولا ضمان المجنون إلّا إذا كان أدواريّاً فی دَور إفاقته.

وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً ـ وأمّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصحّ كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم، لا ينفع إذنهما فی جواز الرجوع بالعوض.

الرابع: كونه مختاراً

: (۱) . . . .

ص:۱۵

۱- وكذا كون المضمون له مختاراً. (الإصطهباناتی).وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (البروجردی، الروحانی). * وكذا المضمون له فی قبوله. (الخمينی). * وكذا يعتبر كون المضمون له أيضاً مختاراً، فلا يصحّ الضمان للمُكرَه. (محمّد رضا الگلپايگانی). * وكذا المضمون له أيضاً. (السبزواری). * وهذا شرط فی المضمون له أيضاً. (حسن القمّی).

فلا يصحّ(۱) ضمان المُكرَه(۲) .

الخامس: عدم كونه محجوراً

لسَفَهٍ إلّا بإذن الوليّ، وكذا المضمون له. ولا بأس بكون الضامن مفلَّساً، فإنّ ضمانه نظير اقتراضه، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء.

وأمّا المضمون له فيشترط عدم كونه مفلَّساً(۳) . ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلَّساً، لكن لا ينفع(۴) إذنه(۵)

۱- وكذا لا يصحّ الضمان للمُكرَه. (اللنكرانى).

۲- إلّا إذا رضى بعد ذلك. (صدرالدين الصدر). * الظاهر أنّ هذا الشرط مشترك بين الضامن والمضمون له. (البجنوردى) * وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (عبدالله الشيرازى). * ولا الضمان للمُكرَه. (الفانى). * وكذا المضمون له على إشكال، إلّا إذا رضيا بعد وقوع العقد. (المرعشى). * وكذلك المضمون له. (الخوئى).

۳- لا مانع أن يضمن له بإذن وليّه، ويدفع المال للوليّ. (كاشف الغطاء).

۴- فى إطلاق كلامه إشكال؛ إذ لو أذِن فى غير ما يتعلّق به الحَجر أو بعد رفع الحَجرصحّ الرجوع إليه، ولو كان الإذن فى حال الحَجر. (المرعشى).

۵- لا مانع من الرجوع على المفلَّس الآذِن فى مقدار نصيب المضمون له، كما أنّه لامانع من الرجوع عليه بتمامه بعد ارتفاع الحَجر. (الشريعتمدارى). * فى الرجوع إلى ما تعلّق به الحَجر، وأمّا بغيره أو بعد رفعه فلا مانع من الرجوعإليه بسبب إذنه فى حال الحَجر. (الخمينى). * نعم، ينفع بعد رفع الحَجر، وكذا بالنسبه إلى(كذا فى أصل النسخه، فالعباره ناقصه، ويحتمل نقصان عباره (المضمون عنه)، أو عباره (حالالفَلَس).). (محمّد الشيرازى). * فى الزائد على مقدارٍ تعلّق به الحَجر، وهو مقدار نصيب المضمون له، وأمّا ذلكالمقدار فلا مانع من تأثير إذنه فى جواز الرجوع عليه حال حَجره، كما أنّه يؤثّرمطلقاً بعد رفع الحَجر. (اللنكرانى).

فی جواز(۱) الرجوع(۲) علیه(۳) .

السادس: عدم کون الضامن مملوکاً

أن لا یکون الضامن مملوکاً غیر مأذونٍ من قِبَلِ مولاه

علی المشهور(۴) ؛ . . . .

ص:۱۷

۱- إنّمـا لا ینفع إذن المفلَّس فی جواز الرجوع علیه حال حَجره بالزائـد علی نصیبالمضـمون له من أمواله، وأمّا الرجوع علیه حال الحَجر بمقدار نصیب المضمون له،وبعد ارتفاع الحَجر مطلقاً بسبب إذنه فلا مانع منه. (البروجردی).

۲- بل یجوز له بمقـدار نصـیب المضـمون له من أمواله، وکـذا یجوز الإذن فی الرجوعإلیه بعـد رفع الحَجر عنه ولو بتمام الـدَین. (حسن القمّی).

۳- بالنسبه إلی حال الفَلَس، وأمّا بعد رفعه فإذنه نافع. (الفانی). * أی فی أمواله الموجوده الّتی تکون مورداً للحَجر. (الخوئی). * ینفع بعد فکّ الحَجر مطلقاً وقبله بمقدار نصیب المضمون له فقط. (السبزواری).

۴- وهو الصـحیح، نعم، لو أجاز الولیّ ضـمانه لا یبعـد الصـحّه، ویکون کما لو وقعبإذنه. (النائینی). * وهو المنصور. (صدرالدین الصـدر). * وهو الصـحیح، نعم، لو أجاز المولی ضـمانه لا یبعد الصـحّه، ویکون کما لو وقعبإذنه. (جمال الدین الگلپایگانی). * المنصور. (الإصـطهباناتی). * وهو الحقّ المنصور. (الفـانی). * وهو الأقوی. (البروجردی، اللنکرانی). * وهو الأقوی لما ذکره فی المتن من أنّه لاـ یقـدر علی شـیء، ودعـوی الانصـراف لاـوجه له. (البجنوردی) * وهو الأـقوی، ودعوی الانصـراف غیر وجیهه، وضـمان الإتلاـف خارج عنهاتخفیفاً. (الخمینی). * وهو المختار، وضـمانه بالإتلاف قـد خرج بالـدلیل عن الحکم تخصـیصاً، أو عنالموضوع تخصّیـصاً. (المرعشی). * فیه إشکال، والاحتیاط لا یُترک(هذه التعلیقه أوردناها من نسخهٍ اُخری منه ۱.). (الخوئی). * وهو المنصور. (محمّد رضا الگلپایگانی).

لقوله تعالی: (لا یَقْدِرُ علی شیءٍ)(النحل: ۷۶.)(۱) ، ولکن لا یبعد(۲) صحّه ضمانه(۳) ،

ص:۱۸

۱- ولیست الآیه الشریفه مختصّه بالمال؛ للانصراف، کما توهّم. (المرعشی).

۲- بل بعید فی الغایه، ودعوی الانصراف عن ما لاینافی حقّ المولی بعیده.(المرعشی).

۳- بل بعید. (عبدالهادی الشیرازی).

وكونه فی ذمّته یتبع به بعد العتق، كما عن التذكره(تذكره الفقهاء: ۱۴/۲۹۹) والمختلف(مختلف الشیعه: ۵/۴۶۹.). ونفی القدره(۱) منصرف(۲) عمّا لا ـ ینافی حقّ المولی. ودعوی أنّ المملوك لا ـ ذمّه له كما تری؛ ولذا لا إشكال(۳) فی ضمانه لمتلفاته، هذا. وأمّا إذا أذن له مولاه فلا

إشكال فی صحّه ضمانه(۴) ؛ وحینئذٍ فإن عیّن كونه فی ذمّه نفسه أو فی ذمّه

المملوك یتبع به بعد عتقه أو فی كسبه فهو المتّبع، وإن أطلق الإذن(۵) : ففی

كونه فی ذمّه المولی، أو فی كسب المملوك، أو فی ذمّته یتبع به بعد عتقه، أو

ص:۱۹

۱- فی الانصراف المزبور إشكال، بل منع، وما أفاد به من الاستشهاد واضح البطلان فی الشهاده؛ لأنّ ضمان التلف من الأحكام القهریّه المترتّبه علی إتلافه یتبع به بعدعتقه، وهذا بخلاف الضمان العقدیّ المنوط بسلطنته علی الإیقاع المزبور، الممنوعبعموم «لا ـ یقدر»، بشهاده شموله لإطلاقه (فی نسخهٍ اُخری: فشهاده شموله إطلاقه.) بنصّ الروایه(فی نسخهٍ اُخری: فشهاده شموله إطلاقه.). (آقاضیاء).

۲- فیه تأمّل، بل منع. (الإصطهباناتی). * فیه تأمّل. (الروحانی).

۳- تقدّم أنّ الضمان بالإتلاف خارج بالدلیل، تخصیصاً أو تخصّصاً. (المرعشی).

۴- علی جمیع المبانی. (المرعشی).

۵- لابدّ من التعیین فی الإذن؛ لأنّ إهماله لا یفید، والتصریح بالإطلاق تعیین بالنسبهإلی فردَی ذمّه العبد وذمّه المولی، ولا معنی لإطلاق الإذن غیر ما ذكر. (الفانی).

كونه متعلّقاً برقبته وجوه وأقوال، أوجهها(١) الأوّل(٢) ؛ لانفهامه(٣) عرفاً(۴) ،

كما في إذنه للاستدانه لنفقته، أو لأمرٍ آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر والنفقه على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانه بأنّ الاستدانه موجبه لملكيّته، وحيث إنّه لا قابليّه له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان؛ حيث إنّه لا ملكيّه فيه مدفوعه بمنع عدم قابليّته للملكيّه، وعلى فرضه أيضاً

١- لا يخلو من إشكال. (جمال الدين الگلپايگانى).

٢- لا يخلو من إشكال. (النائينى). * الأقرب هو الثالث لو لم تكن قرينه على الخلاف والانفهام العرفيّ منها.(السبزوارى).

٣- محلّ تأمّل. (الخمينى).

۴- وعلى فرض عدمه فالأوجه كونه فى كسب المملوك. (الإصطهباناتى). * لا إشكال فى ذلك مع انفهامه عرفاً، لكنّه راجع إلى التعيين، وأمّا مع عدمه ــ كماهو المفروض ــ فأوجهها هو الثالث. (البروجردى). * إذا كان الانفهام مسلّماً فلا إشكال فيه، وإلّا فلا يبعد الثانى. (عبدالله الشيرازى). * لو كان الانفهام صحيحاً لكان خارجاً عن الفرض، ولكنّ الكلام فى الانفهام،وعلى فرض عدمه فالأقرب الثالث، والتنظير مع الفارق. (المرعشى). * ولو لم يفهم منه ذلك وكان مجملاً مردّداً بين كونه فى ذمّه نفسه أو ذمّه العبدبحيث يتبع به بعد عتقه فالظاهر بطلانه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن اُحرِز الانفهام فلا إشكال، وإلّا ففيه إشكال. (حسن القمّى). * لا إشكال فيه على فرض الانفهام، وأمّا على تقدير العدم والتردّد بين كونه فيذمّه نفسه أو فى ذمّه العبد فالبطلان لا يخلو من قوّه. (اللنكرانى).

لا یکون فارقاً بعد الانفهام العرفیّ(۱) .

السابع: التنجیز

(۲) : فلو علّق الضمان علی شرط _ کأن یقول: أنا ضامن

لِما علی فلانٍ إن أذن لی أبی، أو أنا ضامن إن لم یَفِ المـدیون إلی زمان کـذا، أو إن لم یَفِ أصـلًا _ بطل علی المشـهور(۳) ، لکن لا دلیل علیه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامّه، إلّا دعوی الإجماع(۴) فی کلّ العقود، علی أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غیر تأخیر، أو دعوی منافاه

ص:۲۱

۱- لا إشکال فیه مع الانفهام العرفی، ولکنّ الإشکال فیه. (الکوه کَمَری).

۲- علی الأحوط. (الخمینی، اللنکرانی).

۳- وهو الأقوی. (الفیروزآبادی، الکوه کَمَری، الإصـطهباناتی، عبـدالهادی الشـیرازی). * وهو الصـحیح. (النائینی، جمال الـدین الگلپایگانی). * وهو المنصور. (الإصـفهانی، صدرالـدین الصـدر، البروجردی، محمّـد رضا الگلپایگانی). * وهو الأقوی؛ لبطلان التعلیـق فی العقـود إجماعـاً، لاـ من جهه لزوم ترتّب الأـثر عنـدإنشاء العقـد بالإجمـاع حـتّی یقـال: لاـ إجمـاع هکـذا فی المقـام. (البجنوردی). * الضـمان عبـاره عن نقل ما فی ذمّه الغیر إلی الـذمّه، وهـذا لا یقبل التعلیق. (الفانی). * فیه إشـکال، والاحتیاط لا یُترک. (الخوئی). * وهو الأحوط. (السبزواری). * لا یُترک الاحتیاط برعایه ما علیه المشهور. (الروحانی). * نعم، یصحّ الضمان إذا عَلّقَ الضامن أداهً علی عدم أداء المضمون. (مفتی الشیعه).

۴- لو کان محقّقاً وفیه نظر، کما قدّمنا مراراً من أنّه قد یذهل فی دعوی الإجماع،مع أنّ المحقَّق علی الفرض هو الاتّفاق للاستناد إلی وجوه، کانفکـاک المعلولعن العلّه فیمـا نحـن فیـه، فهـو لیس بالإجمـاع المصـطلح، ویفصـح عـن ذلککلمـاتهم، فلیراجع. (المرعشی).

التعليق(۱) للإنشاء.

وفی الثانی ما لا یخفی، وفی الأوّل منع تحقّقه(۲) فی المقام.

وربّما یقال: لا یجوز تعلیق الضمان، ولکن یجوز تعلیق الوفاء علی شرطٍ مع کون الضمان مطلقاً.

وفیه: أنّ تعلیق الوفاء(۳) عین(۴) تعلیق الضمان، ولا یعقل التفکیک(۵).

۱- لعدم صحّه تأخّر الوجود عن الإیجاد. (المرعشی).
۲- وهو الحقّ المحقّق، کما أشرنا إلیه. (المرعشی).
۳- ویمکن تصحیح المطلب بأن یکون الضمان منجّزاً والتعلیق فی عدم الوفاء؛ لأنّالضمان بمعنی التعهّد، والتعهّد فعلیّ غیر معلّقٍ علی شیء، وکان متعلّقه تعلیقیّاًومقیّداً علی عدم أداء الدَین، کما هو معنی الضمان فی الأعیان الخارجیّه، ویصدقالضمان عرفاً، وإذا شملته الأدلّه ولم یکن إجماع علی خلافه یتمّ المطلب، ویمکنأن یکون نظر الماتن قدّس سرّه بقوله: «نعم، الخ» إلی هذا. (عبدالله الشیرازی).
۴- لم نفهم معنیً محصّلاً للتفکیک بین الأمرین؛ إذ الضمان مطلقاً یستلزم وجوبالوفاء مطلقاً، ولیس الوفاء بنفسه ممّا یوجبه الضامن علی نفسه، بل وجوبه من لوازمالضمان. (الفانی).
۵- فیه ما لا یخفی، کما یظهر من ملاحظه الدیون الموجّله. (آقاضیاء). * فیه نظر وتأمّل. (البجنوردی) * کون تعلیق الوفاء عین تعلیق الضمان ممنوع، وعلی فرض عدم تعقّل التفکیککیف یعقل فرض إمکانه فی بعض الموارد؟! مع أنّه إنّما یلائم علی قول غیرنا منکون الضمان عبارهً عن ضمّ ذمّهٍ إلی ذمّه، مع أنّ دعوی کون حقیقه الضمان فیالأعیان المضمونه راجعه إلی قضیّهٍ تعلیقیّهٍ ممنوعهٍ أیضاً، وتوقّف ترتّب الأثر علیمثل التلف فیها لا یوجب کون الضمان بنفسه قضیّهً تعلیقیّه، وإلّا یلزم القول بمثلهفی المقام مطلقاً ولو فی موارد عدم التعلیق؛ فإنّ أثر الضمان إنّما یظهر علی تقدیربقاء الدَین وعدم سقوطه بأداء متبرّعٍ ونحوه مثلاً، مع أنّه لم یعهد منهم دعویالتعلیق فی المقام فی موارد العدم. (اللنکرانی).

نعم، فی المثال الثانی(۱) یمکن أن یقال(۲) . . . . . .

ص:۲۳

۱- هـذا المثال خصوصاً فیما إذا علّق علی عدم الوفاء أصـلًا أولی بالبطلان من سائرصور التعلیق؛ لاسـتلزامه اشـتغال ذمّتَین وضـمّ ذمّهٍ إلی ذمّه اُخری، وهو خلافحقیقه الضمان عندنا. (الإصفهانی).

۲- بعـد القول بعـدم تعقّل التفکیک بین التعلیقَین کیف یصـیر ممکناً أو واقعاً فی هذاالمثال؟! ثمّ إنّ تصـحیح الضـمان فیه لا یتمّ علی أصـلنا، بـل علی قول العـامّه من أنّهضمّ ذمّهٍ إلی ذمّته. (البروجردی). * لا فرق بین المثال الأوّل والثانی فی ظهور کلیهما فی تعلیق أصل الضمان، وعلیفرض صحّه ما أفاد یکون من قبیل ضمّ ذمّهٍ إلی ذمّهٍ اُخری، واشتغال ذمّتَین، وهذامنافٍ لحقیقه الضمان الّتی هی عباره عن نقل ما فی ذمّهٍ إلی ذمّهٍ اُخری، لا اشتغالالذمّتَین فی عرضٍ واحد، کما هو مذهب المخالفین لنا. (البجنوردی) * کیف یمکن مع دعوی امتناع التفکیک مع أنّ هـذا النحو من الضـمان غیر ما عندنامن کونه ناقلاً؟! (الخمینی). * کیف لا یصـحّ هذا بعد عدم تعقّل التفکیک؟ وعلی فرض الإمکان یتمّ التفکیکعلی مبنی الضمّ فی باب الضمان، لا النقل الّذی هو المعتمد لدی الأصـحاب، اللهمّإلّا أن یُؤوّل کلامه بتعهّـد ما فی ذمّه المضـمون عنه، وعلیه فالضـمان محقّق، وفیصوره عدم حصول المعلّق علیه ینتقل المتعهّـد به إلی الـذمّه، ولکنّه مع هـذا التأویلفالمسأله غیر صافیهٍ عن شوب الإشـکال. (المرعشـی). * لعلّه یریـد بـذلک أنّ الضمان فی مورد تعلیق الوفاء علی عدم وفاء المدیون لیس بمعنی النقل إلی الذمّه لیرجع تعلیق الوفاء علیه إلی تعلیق الضمان، بل هو بمعنی تعهّـد ما فی ذمّه الغیر علی حَذوِ تعهّد العین الخارجیّه؛ وعلیه فالضـمان فعلیّ، وأثرهالانتقال إلی الذمّه علی تقدیر عدم وفاء المـدیون، کما أنّ أثره فی ضـمان العین الخارجیّه ذلک علی تقدیر تلفها؛ وعلی هذا فلا بأس بما أفاده قدّس سـرّه، ولا یبعد أن یکون الضـمان بالمعنی المزبور من المرتکزات العرفیّه. (الخوئی). * وقـد أوضـحه بعض الأساطین(الظاهر أنّ المقصود به هو السیّد الخوئی قـدس سـرّه.) بـأنّ الضـمان فی مورد تعلیق الوفاء علیعـدم وفاء المـدیون لیس بمعنی النقل إلی الـذمّه لیرجع تعلیق الوفـاء علیه إلیتعلیق الضـمان، بـل هو بمعنی تعهّـد ما فی ذمّه الغیر علی حَـذوِ تعهّـد العین الخارجیّه؛ وعلیه فالضـمان فعلیّ، وأثره الانتقال إلی الـذمّه علی تقـدیر عـدموفاء المدیون، کما أنّ أثره فی ضـمان العین الخارجیّه ذلک علی تقدیر تلفها؛ وعلی هذا فلا بأس بما أفاده، ولا یبعد أن یکون الضمان بالمعنی المزبور من المرتکزات العرفیّه. انتهی. (الروحانی).

بإمكان تحقّق(١) الضمان(٢) . . . .

ص:٢۴

١- امتناع أن يكون الضـمان منجّزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونه عليفرض إمكان ذلك من ضمّ ذمّةٍ إلى اُخرى دون الضمان الناقل بمكانٍ من الوضوح.(جمال الدين الگلپايگانى).

٢- امتناع أن يكون الضمان منجّزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونهعلى فرض إمكان ذلك من ضمّ ذمّه إلى اُخرى دون الضـمان الناقـل بمكانٍمن الوضوح. (النائينى). * مع تسـليم عـدم معقوليّه التفكيك بين تعليق الوفاء وتعليق الضـمان كيف يمكن القول المـذكور؟! ثمّ على فرض إمكـانه يكون مفـاده ضمّ ذمّةٍ إلى اُخرى، كمـا هومـذهب العـامّه، لا ـ الضـمان الناقـل، كمـا هو الصحيح عندنا. (الإصطهباناتى). * مع تحقّق التعهّد عرفاً بالفعل. (السبزوارى).

منجّزاً(۱) ، مع كون الوفاء(۲) معلّقاً على عدم وفاء المضمون له(۳) ؛ لأنّه

يصدق(۴) أنّه ضمن الدَين على نحو الضمان(۵) فى الأعيان المضمونه؛

۱- لكن بمعنى تعهّد ما فى ذمّه الغير، لا بمعنى الثبوت فى الذمّه، وهذا قسم آخر من الضمان. (حسن القمّى).

۲- بمعنى جعل الضـمان فيه بمعناه معنىً(كذا فى أصل النسخه، والظاهر زياده كلمه (بمعناه).) تعليقيّاً، فلا ينافى ما أفاده من عدم التفكيك بين الوفاء والضمان، بمعنى نقل ذمّه الغير إلى ذمّته. (آقاضياء).

۳- لاـ سبيـل إلى هـذه الـدعوى، ولو فرض صـحّه مـا ادّعاه من الصـدق العرفيّالتسامحىّ فظاهر أنّه ممّا لا يُعتـدّ به. (جمال الـدين الگلپايگانى).

۴- لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولو فرض صحّه ما ادّعاه من الصدق العرفىّ التسامحىّ فظاهر أنّه ممّا لا يُعتدّ به. (النائينى). * كون الصدق حقيقيّاً لا تسامحيّاً ممنوع. (الإصطهباناتى). * صدقاً عرفيّاً وفيه إشكال. (المرعشى).

۵- الضمان إذا عُلِّق على ما يقوم موضوعه فيكون صحيحاً؛ لأنّ هذا التعليق يرجع إلى تقدير الموضوع، فقول الضامن: «أنا ضامن» إن لم يكن وفـاءً بالفعـل صـحيح؛ لأنّهـذا الشـرط عقلىّ؛ حيث لاـ موضوع للضـمان مع الوفـاء الفعلىّ، فهو نظير قول المُطَلِّق: «إن كانت هند زوجتى فهى طالق»، فالفرق بين التعليق على شرط والتعليق على وجود الموضوع ظاهر بعد التأمّل. (الفانى).

إذ(۱) حقیقته(۲) قضیّه(۳) تعلیقیّه(۴) ، إلّا أن یقال بالفرق(۵) بین الضمان العَقدیّ

ص:۲۶

۱- حقیقه الضـمان فیها أیضاً قضیّه فعلیّه تستتبع أحکاماً تعلیقیّهً باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغیر ذلک، ولیست هی عین تلک القضایا، ولتوضیح ذلک مقام آخر. (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- حقیقه الضـمان فیها أیضاً قضیّه فعلیّه تستتبع أحکاماً تعلیقیّهً باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغیر ذلک، ولیست هی عین تلک القضایا، ولتوضیح ذلک مقام آخر. (النائینی). * کون حقیقه ضـمان الید قضیّهً تعلیقیّهً فی محلّ المنع، ولا یسع المقام تفصیله.(الخمینی).

۳- بل حقیقته أیضاً قضیّه فعلیّه مستتبعه لأحکامٍ تعلیقیّهٍ باعتبارات، وهی عینها.(الإصطهباناتی).

۴- غیر خفیٍّ أنّـه علی تقـدیر التـوجیه فالضـمان فعلیّ، والأحکـام المـترتّبه علیه تعلیقیّه. (المرعشـی). * إن کـان المقصـود تعلیق الضـمان بعـدم الإعطاء فهـذا عین ما هو باطل عنـد المشـهور،وإن کان المقصود الضـمان منجّزاً، لکنّه یُخبِر بأنّه یفی ما دام الدَین باقیاً ولم یودِّالمضـمون عنه، فالظاهر أنّه لیس بتعلیقٍ ولا ممنوع. (محمّـد رضا الگلپایگانی). * الظاهر تحقّق التعهّد الفعلیّ فیها فی الجمله أیضاً عند العرف، ولا دلیل علی اعتبار أزید منه. (السبزواری).

۵- وهو الحقّ، کمـا أشـرنا إلیه قبلاً فی الحاشـیه السـابقه علیه. (آقاضـیاء). * وهو الحقّ. (الکوه کَمَری). * وبینهمـا فروق، منهـا: اختصاص العقدیّ بالذّمیّ، والیدیّ بالخارجیّ،وغیره. (المرعشی).

والضمان اليَدِىّ(۱) .

الثامن: ثبوت الدين فيذمّه المضمون عنه

کون الدَين الّذی یضمنه ثابتاً فی ذمّه المضمون عنه، سواء

کان مستقرّاً کالقرض والعوضَین فی البیع الّذی لا خیار فیه، أم

متزلزلاً(۲) ، کأحد العوضَین فی البیع الخیاریّ، کما إذا ضمن الثمن

الکلّیّ للبائع، أو المبیع الکلّیّ للمشتری، أو المبیع الشخصیّ(۳)

ص:۲۷

۱- ویمکن أن یقال: إنّ عهده العین فی ضمان الید أیضاً فعلیّ، غایه الأمر أنّ علیه الردّ مع البقاء والمثل، أو القیمه مع التلف. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- لا یصحّ فی غیر الثابت بالفصل. (مفتی الشیعه).

۳- فی المبیع الشخصیّ قبل القبض، وهکذا فی المهر الشخصیّ صحّه الضمان مبتیه علی کفایه وجود المقتضی للدَین فیه، أو الالتزام بکون مفاد عقد الضمان مجرّدتبدیل العهده علی وجهٍ یشمل مثل هذه الموارد من التعلیقات، وإلّا ففیه إشکال، بلمنع، والمسأله بعدُ فی محلّ النظر. (آقاضیاء). * ذکر المبیع الشخصیّ لا یلتئم مع عنوان الدَین، وتحریر المسأله: أنّ المضمون إمّادَین، أو عین، والأوّل: هو ضمان الأموال الکلّیه الّتی تشتغل بها الذِمم، کالقرضوالثمن والمثمَن الکلّیّین ونحوهما، والثانی: هو ضمان العهده، نظیر ضمان الید، وهوالأموال الشخصیّه، ومعنی ضمانها: کونها فی عهده الشخص: إمّا یردّها عیناً، أو یدفع بدلها عیناً، أو قیمهً لو تلفت، ومن هذا القبیل المبیع الشخصیّ. (کاشف الغطاء). * محلّ إشکال، مع أنّه لیس من أمثله المقام. (الخمینی). * لا موقع لذکره فی المقام؛ فإنّ الکلام إنّما هو فی ضمان الدَین. (الخوئی). * بناءً علی أن یکون المراد من الدَین فی المقام مطلق تعهّد التسلیم، سواء کان الشیء ذمیّاً، أم خارجیّاً. (السبزواری). * المبیع الشخصیّ وکذا المهر إن کان عیناً خارجیّاً لیسا دَیناً حتّی یکونا من أمثلهالمقام. (حسن القمّی). * هذا خارج عمّا هو محلّ الکلام، کما هو واضح. (الروحانی). * لیس هذا من أمثله المقام. (اللنکرانی).

قبل القبض(۱) ، وكالمهر قبل الدخول، ونحو ذلك.

فلو قـال: «أقرِض فلانـاً كـذا وأنا ضامن، أو بِعهُ نسـيئةً وأنا ضامن»، لم يصـحّ على المشـهور(۲) ، بل عن التـذكره(كذا في أصـل النسـخه، والظـاهر زيـاده كلمه (بمعنـاه).) الإجمـاع، قـال: (لو قـال لغيره مهمـا أعطيت فلاناً فهو عليَّ لم يصـحّ إجماعاً). ولكنّ ما ذكروه من الشرط ينافي جملةً من الفروع الآتيه.

ص:۲۸

۱- لا يخفى أنّ الشخصيّ قبل القبض ليس مضموناً بضمان اليد، فلا ثبوت له في الذمّه حتّى يمكن نقله. نعم، في صوره الإتلاف يتحقّق الضمان، لكنّه بالإتلاف، فماأفاده منظور فيه. (المرعشي).

۲- وهو الأقوى. (صدرالـدين الصـدر، الإصـطهباناتي، الخميني). * وهو الأقوى، ويأتي الكلام في الفروع. (البروجردي). * وهو المنصور. (الفاني). * وليس ببعيد، وسـيأتي الكلام في الفروع إن شاء الله تعالى. (المرعشـي). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك، ولاـ يبعـد تفرّع هـذا الشـرط على سـابقه. (الخـوئي). * وهو الأقوى، وأمّـا الفروع الآـتيه فيـأتي الكلاـم فيهـا إن شـاء الله. (محمّد رضاالگلپايگاني). * وهو الأحوط، بل الأقوى. (اللنكراني).

ويمكن أن يقال(۱) بالصحّه(۲) إذا حصل(۳) المقتضى(۴) للثبوت وإن لم

يثبت فعلاً، بل مطلقاً(۵) ؛ لصدق الضمان(۶) ، وشمول العمومات العامّه وإن لم

۱- الاحتياط لا يُترک. (عبدالله الشيرازی).

۲- وهو بعيد. (الكوه كَمَری). * فيه إشكال. (حسن القمّی).

۳- لو كان الحقّ المضمون متقوّماً بأن تشتغل به ذمّه شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه ــ كنفقه الزوجه ونحوها ــ فامتناع الضمان الناقل لهما من تلك الذمّه قبل حدوثه وعدمالجدوی لوجود المقتضی ــ وهو الزوجيّه مثلاً ــ فی ذلک ظاهر. نعم، يصحّ ضمان مال الجعاله ونحوه قبل أن تشتغل به ذمّه المضمون عنه؛ لكونه تعهّداً والتزاماً منالضامن، وإلغاءً لتعهّد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّهٍ إلی ذمّهٍ كی يندرج فيما عرفت امتناعه. (جمال الدين الگلپايگانی).

۴- لو كان الحقّ المضمون متقوّماً بأن تشتغل به ذمّه شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه ــ كنفقه الزوجه ونحوها ــ فامتناع الضمان الناقل لها من تلك الذِمّه قبل حدوثه وعدم الجدوی لوجود المقتضی ــ وهو الزوجيّه مثلاً ــ فی ذلک ظاهر. نعم، يصحّ ضمان مال الجعاله ونحوه قبل أن تشتغل به ذِمّه المضمون عنه؛ لكونه تعهّداً والتزاماً منالضامن، وإلغاءً لتعهّد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّته إلی ذمّه نفسه كيندرج فيما عرفت امتناعه. (النائينی). * بحيث يعتنی به العرف والعقلاء. (السبزواری).

۵- فيه نظر؛ إذ النقل فرع ثبوت شیءٍ فی المنقول عنه، فلا ضمان جزماً، ولا عقدَحتّی تشمله العمومات الضمانيّه أو العمومات العامّه، وعلی فرض الشکّ فی الصدق فالتمسّک بها تمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقيّه، وهو كما تری. (المرعشی).

۶- صدق الضمان بمعنی المتعارف المعهود من الشرع والعرف ــ أی التعهّد بما فیذِمّه الغير عليه ــ معلوم العدم. (البجنوردی)

یکن من الضمان المصطلح عندهم، بل یمکن(۱) منع عدم کونه منه أیضاً.

التاسع: عدم اشتغال ذمّه الضامن

أن لا تکون ذمّه الضامن مشغولهً للمضمون عنه(۲) بمثل الدَین

الّذی علیه، علی ما یظهر من کلماتهم فی بیان الضمان بالمعنی الأعمّ، حیث قالوا: إنّه بمعنی التعهّد بمال، أو نفس، فالثانی الکفاله، والأوّل إن کان ممّن علیه للمضمون عنه مال فهو الحواله، وإن لم یکن فضمان بالمعنی الأخصّ. لکن لا دلیل علی هذا الشرط(۳) ، فإذا ضمن للمضمون عنه(۴) بمثل ماله علیه یکون ضماناً، فإن کان بإذنه یتهاتران(۵) بعد أداء مال الضمان، وإلّا فیبقی

۱- بل لا یمکن إدراجه فی العمومات العامّه فی صورتَی الجزم والشکّ ، فکیف فیعمومات الضمان؟! (المرعشی).
۲- عن المضمون عنه. (السبزواری).
۳- الأحسن أن یقال: إنّ الضمان معامله بین الدائن والثالث، وهو الضامن، فإیجابالمعامله من الثالث ــ أی الضامن ــ والقبول من الدائن فالثالث یتعهّد للدائن، وأمّاالحواله فهی معامله بین المدیون والدائن، فالمُحِیل مدیون، والمُحتال دائن، والمحالعلیه ثالث، ولا دخل له فی إیجاب المعامله وقبولها ولو فی فرض شرطیّه رضاه،فالمدیون یُحِیل الدائن من نفسه إلی الثالث، یعنی المُحال علیه، فعلم ممّا ذکر أنّ المعاملتَین متغایرتان مفهوماً وماهیهً، ولا دخل لاشتغال ذمّه الضامن بمثل ما ضمنه وعدمه فی دخوله تحت واحدٍ من العنوانین، ولا وجه لقول الماتن قدس سرّه من دخوله فیکلا العنوانَین. (الشریعتمداری).
۴- أی عن المضمون عنه. (البروجردی). * حقّ العباره أن یقول: عن المضمون عنه، وما ذکره خلاف الاصطلاح. (البجنوردی).
۵- هذا إذا کان کلاهما حالَّین، أو کلاهما موجَّلَین بمدّه متساویه، وإلّا فلا وجه للتهاتُر. (الخوئی).

الّذی للمضمون عنه علیه، وتفرغ ذمّته ممّا علیه بضمان الضامن تبرّعاً،

ولیس من الحواله؛ لأنّ المضمون عنه علی التقدیرین لم یحلّ مدیونه(۱)

علی الضامن حتّی تکون حواله. ومع الإغماض عن ذلک غایه

ما یکون أنّه یکون داخلًا فی(۲) کلا العنوانَین(۳) ،

۱- ولَئِن شئت قلت: إنّ مرجع الحواله إلی نقل المدیون مال الدائن من ذِمّته إلیذِمّه شخصٍ آخر ولو باحتساب المُحِیل ما فی ذِمّه المحال علیه، وفاءً لِدَینه للمحتال، أو بنحو الاعتیاض، وهذا بخلاف باب الضـمان؛ إذ مرجعه إلی نقل الضامنما فی ذمّه المضمون عنه إلی ذمّه نفسه، عکس الحواله، وربّمـا یترتّب علی الاعتبـارَین ثمرات مختلفه، وعلی أیّ حالٍ لا مجال لِما أفاده المصـنّف فی وجهالامتیاز، کما لا یخفی. (آقاضیاء).

۲- بـل إذا أنشـأه الضامن فهو ضـمان، وإن أنشأه مَن علیه الـدَین فهو حواله، فلا تـداخل بینهما، ویلحق کلٌّ حکمه. (صدرالـدین الصدر).

۳- بعـد الالـتزام بمغـایره العنوانَین لا یکفی مجرّد دخوله فیهما، بل لابـدّمن قصـد أحـدهما، بل مع الإذن فی الضـمان یرجع إلی الحواله أیضاً وإن عبّر بلفظ الضـمان. (الکوه کَمَری). * لا یـدخل عنوان قصـدیّ فی عنوانٍ قصـدیٍّ آخر، بل لابـدّ من قصد کلّ عنوانٍ قصدیٍّ بحیال ذاته. (الفانی). * فیه نظر؛ إذ کیف یمکن ذلک بعد امتناع اجتماع لحاظهما معاً فی مقام الإنشاء والباب باب الإنشاء، وتحقّق العنوان تابع للقصـد؟! (المرعشـی). * مع التسـلیم والاعتراف بتغایر العنوانَین، وأنّ المنشأ فی أحـدهما إثبات مالٍ فیالـذمّه وفراغ ذمّهٍ اُخری، وفی الآخر نقل ما فی ذمّهٍ إلی ذمّهٍ مشـغولهٍ بمثل ما فیها،وأنّ اعتبار ذلک فی أحـدهما وظیفه الضامن، وفی الآخر وظیفه المـدیون، فکیف یمکن إنشاوهما بإنشاءٍ واحدٍ حتّی یکون داخلًا فی کلا العنوانَین ومورداً لکلاالأثرین، مع أنّ الأـثر المختصّ بأحـدهما مسـتلزم لِمـا لاـ یجتمع مع المختصّ بالآـخر،فیکون الجمع بینهمـا مسـتلزماً للجمع بین النقیضَـین، وظاهر العلماء ــ رضوان الله علیهم ــ أنّ المدیون إذا ضـمن فلابدّ أن یکون حوالهً، بمعنی بطلان ما إذا قصدالضمان، ولا یبعد ذلک ؟! وسـیأتی فی الحواله ما یوضّـحه إن شاء الله تعالی. (محمّدرضا الگلپایگانی). * فیدور مدار القصد، ولا یبعد أن یکون ترتّب الأثر الخاصّ مخصّصاًأیضاً. (السبزواری).

فیترتّب علیه(۱) ما یختصّ بکلٍّ منهما، مضافاً إلی ما یکون مشترکاً.

العاشر: امتیاز الدَین والمضمون له والمضمون عنه

عند الضامن علی وجهٍ یصحّ معه القصد إلی الضـمان، ویکفی التمیّز الواقعیّ وإن لم یعلمه الضامن، فالمضـرّ هو الإبهام والتردید، فلا یصحّ(۲) ضمان أحد الدَینَین ولو لشخصٍ واحد علی شخصٍ واحدٍ علی وجه التردید(۳) مع فرض تحقّق

ص:۳۲

۱- کیف الترتّب مع مـا أشـرنا إلیه، ومع کون الآثـار متضادّه؟ فلا یُصـغی إلی ما احتُمِلمن کونه من باب الحواله لو کان الضـمان بالإذن، غایه الأمر أنّ الحواله قد اُنشئت بلفظٍ غیر صریحٍ فیها. (المرعشی).

۲- علی الأحوط إن لم یکن أقوی. (محمّد الشیرازی). * علی الأحوط. (اللنکرانی).

۳- لاـ یبعـد الجواز مع تسـاوی الـدَینَین من تمام الجهات، فیبقی اشـتغال ذمّه المضـمون عنه بأحـدهما، وإن کان هناک رهن فی البَین یکون المضـمون له مخیّراً فی فـکّ أیّهماشاء، ولا یبعـد فی الأقلّ والأکثر أیضاً، بـدعوی أنّ الأقلّ هو المتیقّن من الضـمان، وقداشتهر تحمّل الضمان للغَرر ما لا یتحمّله غیره. (السبزواری).

الدَينَين، ولا ضمان دَين أحد الشخصَين ولو لواحد، ولا ضمان دَينٍ لأحد الشخصَين ولو على واحد.

ولو قال: «ضمنتُ الدَين الّذى على فلانٍ» ولم يعلم أنّه لزيدٍ أو لعمرو، أو «الدَين الّذى لفلان» ولم يعلم أنّه على زيدٍ أو على عمرٍو صحّ(١) ؛ لأنّه متعيّن

واقعاً. وكذا لو قال: ضمنت لك كلّ ما كان لك على الناس، أو قال: ضمنت عنك كلّ ما كان عليك لكلّ من كان من الناس.

عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه

ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم(٢) بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب، أو العلم باسمهما ونسبهما، مع أنّه لا دليل عليه أصلًا، ولم يعتبر ذلك فى البيع الّذى هو أضيق دائرةً من سائر العقود.

(مسأله ١) : لا يُشترط فى صحّه الضمان العلم بمقدار الدَين، ولا بجنسه.

ويمكن أن يُستَدَلّ عليه ـ مضافاً إلى العمومات العامّه، وقوله صلى الله عليه و آله : «الزَعيم غارِم»(مسند أحمد: ۵/۲۶۷، سنن ابن ماجه: ۲/۸۰۴، السنن الكبرى للبيهقى: ۶/۷۲، المصنّف للصنعانى: ۸/۱۷۳.)(٣) ـ بضمان(۴) علىّ بن الحسين عليهما السّلام (۵) لِدَين عبدالله بن

ص:۳۳

١- هذا مع قبول المضمون له، وإلّا فلا يصحّ، وبذلك يظهر حال ما بعد هذاالفرع. (الخوئى).

٢- فِراراً من الضَرر أو الغَرر. (المرعشى).

٣- الخبر فى غايه الضعف. (المرعشى).

۴- الاستدلال بالروايتَين لا يخلو من الإشكال من جهات. (اللنكرانى).

۵- لكن فى الروايتَين ضعف سنداً، بل ودلاله، ولكنّ ما فى المتن لا يخلو من قوّه مطلقاً، من غير فرقٍ بين الضمان التبرّعى وغيره. (الخمينى). * قد روى الخبران فى بعض كتب العامّه أيضاً. (المرعشى).

الحسن(۱)، وضمانه لِدَين محمّد بن اُسامه(۲). لكنّ الصحّه مخصوصه بما إذا كان له واقع معيّن، وأمّا إذا لم يكن كذلك ـ كقولك: ضَمِنتُ شيئاً من دَينك ـ فلا يصحّ.

ولعلّه مراد مَن قال: إنّ الصحّه إنّما هی فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال من عدم الإشكال فی الصحّه مع فرض تعيّنه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا، وخالف بعضهم فاشترط العلم به لنفی الغَرر والضَرر، ورُدَّ بعدم العموم فی الأوّل؛ لاختصاصه بالبيع، أو مطلق المعاوضات(۳) ، وبالإقدام فی الثانی.

ويمكن الفرق بين الضمان التبرّعیّ والإذنیّ(۴) ، فيعتبر فی الثانی(۵) ، دون الأوّل؛ إذ ضمان علیٍّ بن الحسين عليهما السّلام كان تبرّعيّاً(۶) واختصاص نفی الغَرر

۱- الوسائل: الباب (۵) من أبواب كتاب الضمان، ح۱.

۲- الوسائل: الباب (۳) من أبواب كتاب الضمان ، ح۱.

۳- بناءً على كون المناط منقّحاً. (المرعشی).

۴- لكنّه بعيد. (الخوئی).

۵- بل لا يعتبر فی شیءٍ منهما. (عبدالهادی الشيرازی). * بل لا يُعتبر فيه أيضاً. (الفانی).

۶- ظاهر الروايتين أنّه كان بطلبٍ من المديون، ولم يكن الضامن قاصداً للرجوع.(المرعشی).

بالمعاوضات ممنوع(۱) ، بل يجرى فى مثل المقام الشبيه بالمعاوضه إذا كان

بالإذن مع قصد الرجوع على الإذن. وهذا التفصيل لا يخلو من قرب(۲) .

انتقال الحق إلى ذمّه الضامن بالضمان

(مسأله ۲) : إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّه انتقل الحقّ من ذِمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن، وتبرأ ذمّه المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور؛ حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّهٍ إلى ذمّه. وظاهر كلمات الأصحاب(۳) عدم صحّه ما ذكروه حتّى مع التصريح به

ص:۳۵

۱- لا يخلو من إشكال، وما قَرَّبَهُ من التفصيل ليس بالقريب. (المرعشى).

۲- بل عن بُعد. (الكوه كَمَرى). * لكنّ الأقرب عدم الفرق بين القسمَين. (البروجردى). * الأقوى اشتراط نفى معظم الغَرر، من غير فرق بين القسمَين. وبعبارهٍ اُخرى: اشتراط كون ذلك القدر من الجهاله متعارفاً، فلو دار بين عشرهٍ أوعشرين فلا مانع من الصحّه، ولو دار بين عشرهٍ أو آلاف مثلاً فلا يصحّ، من غيرفرقٍ بين القسمَين. (الشريعتمدارى). * بل الأقرب عدم الفرق؛ لعدم الغَرر، فإنّ باب الضمان غير باب المعاوضات. (محمّدرضا الگلپايگانى). * بل الأقرب عدم الفرق. (محمّد الشيرازى). * لا وجه له. (السبزوارى). * بل هو بعيد. (حسن القمّى). * إذا احتمل اختصاص عدم مانعيّه الغَرر بخصوص التبرّعىّ، ولكنّه خلاف المرتكز العرفىّ، فالأظهر عدم الاعتبار فى شىءٍ منهما، والاحتياط سبيل النجاه. (الروحانى). * والأقرب منه العدم. (اللنكرانى).

۳- وهو الحقّ. (الكوه كَمَرى).

على هذا النحو، ويمكن(١) الحكم(٢) بصحّته(٣) حينئذٍ للعمومات(۴) .

ص:٣۶

١- ممنوع. (الإصفهانی). * بل لا يمكن. (صدرالدين الصدر). * ولكنّه مشكل. (اللنكرانی).

٢- الإجماع والنصوص على خلافه. (الفيروزآبادی). * بل لا يمكن؛ لأنّه لا معنى لضمّ ذمّةٍ إلى اُخرى على نحو الاستقلال؛ لأنّ المال الواحد لا يشغل ذمَّتين بالاستقلال. (الفانی). * بالتزام صحّه اشتغال الذمم على سبيل البدليّه بمضمونٍ واحد، ولكنّه لا يخلو من إشكال. (المرعشی).

٣- ضعيفٌ غايته. (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی، حسن القمّی). * فيه إشكال؛ إذ لم يكن فی قبال الضمان المعهود معامله اُخرى مجعوله عندالعقلاء، غايه الأمر اختلفوا فی حقيقه الضمان، فبعد ردعهم عمّا فهموا لا يبقى مجالا لتشبّث بالعمومات بالنسبه إليها بعد ردعه. (آقاضياء). * ممنوع جدّاً. (الإصطهباناتی). * ممنوع. (البروجردی، السبزواری). * لكنّه ضعيف. (عبدالهادی الشيرازی، عبدالله الشيرازی). * محلّ إشكال. (الخمينی). * بل مشكل. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لكنّه ضعيف جدّاً. (الروحانی).

۴- لكنّ الأقوى عدم صحّته، واحتمال الصحّه ضعيف جدّاً، بل ممنوع. (البجنوردی) * فيه إشكال. (المرعشی). * لكنّه ضعيف جدّاً. (الخوئی). * وقد تقدّم صحّه كلّ عقدٍ عقلائيٍّ لم يَنهَ عنه الشارع. (محمّد الشيرازی).

إبراء ذمّه الضامن والمضمون عنه

(مسأله ٣) : إذا أبرأ المضمون له ذمّه الضامن برئت ذمّته وذمّه(١)

المضمون عنه(٢) .

وإن أبرأ ذمّه المضمون عنه لم يوثّر شيئاً، فلا تبرأ ذمّه الضامن؛ لعدم المحلّ للإبراء بعد براءته بالضمان، إلّا إذا استُفِيد منه الإبراء من الدَين الّذى كان عليه بحيث يُفهَم منه عرفاً(٣) إبراء ذمّه الضامن. وأمّا فى الضمان بمعنى

ضمّ ذمّهٍ إلى ذمّهٍ(۴) : فإن أبرأ ذمّه المضمون عنه برئت ذمّه الضامن أيضاً، وإن

أبرأ ذمّه الضامن فلا تبرأ ذمّه المضمون عنه، كذا قالوا(۵) ، ويمكن أن يقال(۶)

١- فى العباره مسامحه. (اللنكرانى).

٢- فى العباره مسامحه؛ لبراءه ذمّه المضمون عنه بنفس الضمان، من دون احتياجٍ إلى إبراء المضمون له. (البجنوردى) * عن مال الضامن بالإبراء، وكانت بريئه عن حقّ المضمون له بالضمان على مذهبنا، ومنه ظهر أن لا موقع لبراءه ذمّته عن حقّ المضمون له. (المرعشى).

٣- لكنّه خارج عن الفرض. (المرعشى).

۴- بالمعنى الّذى لا نقول به. (الفيروزآبادى).

۵- وهو الأظهر. (الفيروزآبادى). * وهو الوجه على هذا المبنى. (الخمينى).

۶- مشكل، بل ممنوع؛ فإنّ إسقاط الوثيقه على الدَين لا يوجب سقوط نفس الدَين.(الإصطهباناتى). * ولكنّه ممنوع. (عبدالهادى الشيرازى). * لكنّه ضعيف. (عبدالله الشيرازى). * لوحدتهما بحسب متن الواقع، إلّا أنّ المبنى فاسد؛ لِما مرّ من عدم اشتغال ذمّتين بمالٍ واحدٍ على سبيل الاستقلال. (الفانى). * بأن يَؤُول الأمر إلى رفع اليد عن الدَين، لكنّه خارج عن الفرض، مضافاً إلى أنّه مخدوش بأنّه إن كانت ذمّه الضامن بمنزله الوثيقه على الدَين فلا ريب فى أنّ إسقاط الوثيقه لا يوجب سقوط الدَين، وكذا لو كان الباب من باب البدليّه. (المرعشى). * حيث لم يعلم المقصود من ضمّ الذمّه إلى الذمّه، وأنّ ذمّه الضامن هل هى وثيقهلذمّه المديون؟ كما صرّح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبه من الضامن إلّا بعدعدم إمكان الأداء من المديون، أو أنّ ضمانها كضمان اليد مع تعدّد الأيادى ــ كما عن بعضهم جواز الرجوع إلى كلٍّ منهما على التخيير ــ فلا داعى لنا لتفريع الفروع،سيّما مع عدم ملائمته لبعض ما فرّعوا عليه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * لكنّه ضعيف، إلّا إذا اُحرز من القرائن إسقاط أصل الدَين. (السبزوارى). * فيه تأمّل. (محمّد الشيرازى). * لكنّه ضعيف، على تقدير كون المراد من ضمّ الذمّه إلى اُخرى أن تكون ذمّهالضامن وثيقةً للدَين، ضروره أنّ إسقاط الوثيقه لا يلازم إسقاط الدَين، وأمّا لو كان المراد منه تعدّد الذِمَم بالإضافه إلى دَينٍ واحد ــ كما فى الأيادى المتعدّده فى ضمان الأعيان المضمونه، ويؤيّده حكم بعض القائلين بهذا القول بجواز رجوع المضمون لهإلى كلّ واحدٍ منهما على التخيير ــ فهذا الاحتمال ليس بضعيف. (اللنكرانى).

ببراءه(۱) ذمّتهما(۲) علی التقدیرین(۳) .

۱- الفرع کأصله فی البطلان. (الکوه کَمَری). * لکنّه ضعیف علی ذاک القول؛ فإنّ إسقاط الوثیقه علی الدَین لا یستلزم سقوط نفس الدَین. (البروجردی).

۲- مشکل، إلّا، إذا کانت قرینه علی إبرائهما. (حسن القمّی).

۳- ویحتمل حینئذٍ أیضاً عدم براءه ذمّه واحدٍ منهما؛ لعدم استقلال کلٍّ منهما فیالذمّه کی بإبراء ذمّته مستقلّاً تسقط ذمّته، بل لا تسقطان إلّا بإبرائهما. (آقاضیاء).

لزوم الضمان من طرف الضامن والمضمون له وحكم ضمان المعسر

(مسأله ۴) : الضـمان لازم من طرف الضـامن والمضـمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتّى لو كان بإذن المضـمون عنه وتبيّن إعسـاره، وكـذا لا يجـوز للمضـمون له فسـخه والرجوع على المضـمون عنه، لكن بشـرط ملاءه الضـامن حين الضـمان، أو علم المضـمون له بإعسـاره، بخلاف مـا لو كـان مُعسِراً حين الضـمان وكان جاهلاً بإعساره، ففى هـذه الصوره يجوز له الفسـخ على المشهور(۱) ، بـل الظـاهر عـدم الخلاف فيه، ويسـتفاد من بعض الأخبار(راجع جواهر الكلام: ۲۶/۱۲۸، تبصـره المتعلّمين: ۱۵۳، شرائع الإسلام للمحقّق الحلّى :۲/۳۵۶.) أيضاً.

والمدار كما أشـرنا إليه فى الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسِراً ثمّ اُعسِر لا يجوز له الفسخ. كما أنّه لو كان معسِراً ثمّ أيسَر يبقى الخيار(۲) ، والظاهر عدم الفرق فى ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا.

۱- ولكن للمناقشه فيه مجال واسع، وليس فى المسأله روايه تدلّ على الخياروجواز الفسخ. (الخوئى).

۲- إذا كـان العلم بالإعسـار بعـد حصول اليسـار فثبوت الخيـار محلّ تأمّلٍ وإشـكال.(البروجردى، عبـدالله الشـيرازى). * فيه نظر. (حسن القمّى). * إلّا إذا كان العلم بالإعسار بعد حدوث اليسار، ففيه يكون بقاء الخيار محلّ تأمّلٍ وارتياب. (اللنكرانى).

وهل يلحق بالإعسار تبيّن كونه مماطلاً مع يساره(۱) في ثبوت الخيار،

أو لا؟ وجهان(۲) .

اشتراط الخيار وغيره في الضمان

(مسأله ۵) : يجوز(۳) . . . .

ص:۴۰

۱- الأقوى عدم خياره مهما أمكن إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم من جهه سلطنته على استنقاذ ماله، إلّا إذا كان ذلك حرجاً عليه فيجبر بالخيار حينئذٍ. (آقاضياء).

۲- أوجههما العدم. (الكوه كَمَرى، الخمينى، الخوئى). * أقواهما الخيار إذا كان عرفاً فى حكم العدم. (صدرالدين الصدر). * أوجههما العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم.(الإصطهباناتى). * أقربهما العدم. (البروجردى). * الأوجه الأوّل. (عبدالهادى الشيرازى). * الأقوى العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم. (البجنوردى) * إلّا مع إمكان الإجبار ولو بالرجوع إلى الحاكم. (عبدالله الشيرازى). * الأوجه ثبوت الخيار وإن كان الأحوط عدم إعماله. (الفانى). * الأقوى العدم، وعلى فرض الثبوت هو فى صوره عدم إمكان الإجبار ولو بالرجوع إلى الحاكم. (المرعشى). * أقواهما العدم. (محمّد رضا الگلپايگانى). * أوجههما الأوّل، مع عدم إمكان الإجبار. (السبزوارى). * أوجههما الثانى. (محمّد الشيرازى). * الأظهر الأوّل. (الروحانى). * أظهرهما العدم. (اللنكرانى).

۳- جوازه فى غايه الإشكال، بل لا يبعد عدم جوازه. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * مع علم المضمون له ورضاه. (صدرالدين الصدر). * على إشكال فيه، وفى ثبوت الخيار عند تخلّف الشرط. (اللنكرانى).

اشتراط الخيار(۱) فی الضمان(۲) للضامن والمضمون له؛ لعموم

أدلّه الشروط. والظاهر جواز(۳) اشتراط شیء(۴) لکلٍّ منهما، کما

إذا قال(۵) الضامن: أنا ضامن بشرط(۶) أن تخیط(۷)

۱- هـذه المسأله تحتـاج إلی مزیـد التأمّـل. (الکوه کَمَری). * فیه إشـکال، بل منع، وکـذا فی ثبوت الخیار عنـد تخلّف الشـرط، والوجه فیه: أنّ انفسـاخ عقـدٍ ما إذا لم یمکن فی نفسه ولو بالتقایل فأدلّه الشـروط، لا تفی بصـحّهجعل الخیار فیه، وبـذلک یظهر الحال فی المسأله الآتیه. (الخوئی).

۲- فی جواز أصـل اشـتراط الخیـار فی الضـمان، وعلی تقـدیر جوازه یکون له خیـار تخلّف الشـرط عنـد تخلّفه تأمّـل وإشـکال. (البجنوردی)

۳- یشـکل جوازه ولو قیـل به، ففی کون التخلّف عنه موجباً للخیار أو کونه کالتخلّف عمّا تضـمّنه عقـد النکاح وجهان، والأظهر الثانی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۴- بـأن یقول: علی أن تخیطَ لی ثوباً، لا أن: خِطْ لی ثوباً(کـذا فی أصل النسـخه.)، والظاهر أنّ ما ذکره ؛یرجع إلی القسم الثانی، فیأتی فیه إشکال التعلیق. (صدرالدین الصدر).

۵- لا أن یقول بنحو التعلیق: «إن خِطْتَ لی ثوباً» ونحوه. (المرعشی).

۶- أی مع شرط. (اللنکرانی).

۷- بنحو الالتزام فی الالتزام، لا بنحو التعلیق فی الضمان، وجواز الفسخ لتخلّف الشرط کأصل الشرط وإن کان علی القاعده لکن حیث یسـتلزم اشـتغال ذمّهالمضـمون عنه بعـد الخلوّ، وذلک بـدون رضاه خلاف القاعده، فالقول بأنّ الفسخ مع التخلّف موقوف علی رضا المضمون عنه لا یخلو من سَداد. (محمّد رضا الگلپایگانی).

لی ثوباً(۱) ، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لی کذا، ومع التخلّف یثبت للشارط خیار تخلّف الشرط.

تبیّن کون الضامن مملوکاً

(مسأله ۶) : إذا تبیّن کون الضامن مملوکاً وضَمِن من غیر إذن مولاه أو بإذنه، وقلنا: إنّه یتبع بما ضمن بعد العتق لا یبعد(۲) ثبوت الخیار للمضمون له.

ضمان الدَین الحالّ مؤجّلاً وبالعکس

(مسأله ۷) : یجوز ضمان الدَین الحالّ حالّاً ومؤجّلاً، وکذا

ضمان المؤجّل حالّاً ومؤجّلاً بمثل ذلک الأجل أو أزید أو أنقص. والقول بعدم صحّه الضمان إلّا مؤجّلاً وأنّه یعتبر فیه الأجل کالسلم ضعیف، کالقول بعدم صحّه ضمان الدَین المؤجّل حالّاً أو بأنقص. ودعوی أنّه من ضمان ما لم یجب کما تری(۳) .

(مسأله ۸) : إذا ضمن الدَین الحالّ مؤجّلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان، لا للدَین(۴) ، فلو أسقط الضامن أجله وأدّی الدَین قبل الأجل یجوز له الرجوع(۵) علی المضمون عنه؛ لأنّ الّذی علیه کان حالّاً ولم یَصِر مؤجّلاً

بتأجیل الضمان. وکذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحلّ ما علیه وأخذ من ترکته یجوز لوارثه الرجوع علی المضمون عنه. واحتمال صیروره أصل

۱- أی علی أن تخیطه لی. (البروجردی).

۲- وذلک لکون العبد حینئذٍ مصداقاً للمفلّس والمُعسِر، والمفروض جهل الضامن به.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- إذ المضمون الدَین الثابت فی الذمّه، لا الأجل. (المرعشی).

۴- فی إطلاقه تأمّل، فیشکل ما فرّعه علیه. (عبدالهادی الشیرازی).

۵- إلّا إذا أذِن المضمون عنه للضامن فی الضمان بشرط الأجل، ویُعکَس الحکم فی المسأله التالیه. (محمّد الشیرازی).

الدَین موجّلاً حتّی بالنسبه إلی المضمون عنه ضعیف.

موت الضامن وحلول الدَین المؤجّل

(مسأله ۹) : إذا کان الدَین موجّلاً فضمنه الضامن کذلک فمات، وحلّ ما علیه واُخذ من ترکته لیس لوارثه الرجوع علی المضمون عنه إلّا بعد حلول أجل أصل الدَین؛ لأنّ الحلول علی الضامن بموته لا یستلزم الحلول علی المضمون عنه. وکذا لو أسقط أجله وأدّی الدَین قبل الأجل لا یجوز له الرجوع علی المضمون عنه إلّا بعد انقضاء الأجل.

ضمان الدَین المؤجّل حالّاً بإذن المضمون عنه

(مسأله ۱۰) : إذا ضمن الدَین الموجّل حالّاً بإذن المضمون عنه(۱) : فإن

فهم من إذنه(۲) رضاه بالرجوع علیه یجوز للضامن ذلک، وإلّا فلا(۳) یجوز(۴)

إلّا بعد انقضاء الأجل، والإذن فی الضمان(۵) أعمّ من کونه حالّاً.

ضمان الدَین المؤجّل بأقلّ من أجله وأدائه

(مسأله ۱۱) : إذا ضمن الدَین الموجّل بأقلّ من أجله وأدّاه لیس له(۶)

۱- إذا صرّح بضمانه حالّاً فالأقرب الرجوع علیه مع أدائه. (الخمینی).
۲- لا یبعد أنّ المُتفاهَم العرفیّ من الإذن بضمانه حالّاً أو بأقلّ. (حسن القمّی).
۳- الظاهر کفایه إذنه فی الضمان حالّاً فی جواز الرجوع علیه بمجرّد الأداء.(جمال الدین الگلپایگانی).
۴- الظاهر کفایه إذنه فی الضمان حالّاً فی جواز الرجوع علیه بمجرّد الأداء. (النائینی). * لا یبعد کفایه الإذن فی الضمان حالّاً فی جواز الرجوع، ولعلّه المراد بقوله :«الإذن فی الضمان أعمّ من کونه حالّاً». (محمّد رضا الگلپایگانی).
۵- لعلّ المراد به: أنّ الإذن فی الضمان حالّاً أعمّ من الرجوع علیه فی الحال، ولایبعد أن یقال بکفایه الإذن الصریح فی الضمان حالّاً فی جواز الرجوع علیه کذلک.(اللنکرانی).
۶- إلّا إذا صرّح المضمون عنه بضمانه أقلّ من أجله، فإنّ الأقرب معه جواز الرجوع علیه مع الأداء. (الخمینی).

الرجوع(۱) علی المضمون عنه إلّا بعد(۲) انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزید من

أجله فأسقط الزائد وأدّاه جاز له الرجوع علیه، علی ما مرّ(۳) من أنّ أجَلَ

الضمان لا یوجب صیروره أصل الدَین موجّلاً. وکذا إذا مات بعد انقضاء أجَلَ الدَین قبل انقضاء الزائد فأخذ من ترکته فإنّه یرجع علی المضمون عنه.

حکم الضمان من غیر إذن المضمون عنه

(مسأله ۱۲) : إذا ضمن بغیر إذن المضمون عنه برئت ذمّته، ولم یکن له الرجوع علیه وإن کان أداوه بإذنه أو أمره، إلّا أن یأذن له فی الأداء عنه تبرّعاً منه فی وفاء دَینه، کأن یقول: «أدِّ ما ضمنت عنّی وارجع به علیّ» علی إشکالٍ(۴) فی هذه الصوره أیضاً(۵) ، من حیث إنّ مرجعه حینئذٍ إلی الوعد(۶) الّذی(۷) لا یلزم الوفاء به.

۱- جواز الرجوع فی صوره الإذن فی الفرض غیر بعید. (المرعشی).

۲- أو تصریحه بالإذن فی الضمان کذلک، علی ما ذکرناه فی الحاشیه السابقه.(اللنکرانی).

۳- وقد مرّ التأمّل فیه. (عبدالهادی الشیرازی).

۴- الظاهر أنّه لا إشکال فیه، ولیس مرجعه إلی الوَعد. (الخوئی). * لا یبعد عدم الإشکال فیه، فإنّه من قبیل: أعطِ للفقیر الخبزَ وعَلَیَّ ثَمَنُه، لا الوعدالمجّانیّ بالإحسان. (محمّد الشیرازی).

۵- لا إشکال فیه. (الروحانی).

۶- هذا لا ینافی الصحّه، ووجوب أداء المضمون عنه ما أدّاه الضامن. (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال. (المرعشی). * فیه نظر. (حسن القمّی).

۷- فیه إشکال وتأمّل. (عبدالله الشیرازی).

وإذا ضـمن بإذنه فله الرجوع عليه بعـد الأداء وإن لم يكن بإذنه؛ لأنّه بمجرّد الإذن فى الضـمان اشـتغلت ذمّته من غير توقّفٍ على شيء.

نعم، لو أذن له فى الضمان تبرّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه؛ لأنّ الإذن على هذا الوجه كَلَا إذن.

ليس للضامن الرجوع إلّا بعد الأداء بمقدار ما أدّى

(مسأله ۱۳) : ليس للضامن الرجوع على المضـمون عنه فى صوره الإذن إلّا بعد أداء مال الضـمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف(۱) فيه، وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى، فليس له المطالبه قبله :

إمّا لأنّ ذمّه(۲) الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرّده إلّا

أنّ ذمّه المضمون عنه(۳) لا تشتغل إلّا(۴) . . . . . .

ص:۴۵

۱- إلّا عن الشيخ قدّس سرّه، حيث حكم فى المبسوط(المبسوط للطوسى: ۲/۳۲۸.) بأنّه إذا ضـمن بإذنه كان له مطالبهالمضمون عنه بتخليصه عن الدَين وإن لم يطالبه المضـمون له، واختاره العلّامه فى التحرير(تحرير الأحكام للعلّامه الحلّى: ۲/۵۶۲.)، اللهمّ إلّا أن يكون المقصود: أن ليس له الرجوع بأخذ الدَين بحيث يملكه قبل الأداء، فهو صحيح، والظاهر عدم الخلاف فيه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- وأمّا لأنّ اشتغال الذمّه بالضمان غير مستقرٍّ بل متزلزل، فإن لم يتحقّق الأداءانفسخ الضمان وارتفع الاشتغال. (المرعشى).

۳- وذلـك لأنّ إذن المضـمون عنه بضـمان الضامن استيفاء منه للمقـدار المؤدّى من قبل الضامن بالضـمان الطولىّ، فهو استيفاء بالعوض، والنصّ الوارد فى المقام موافق لهذهالقاعده. (الفانى).

۴- هذا هو الأقوى. (الإصفهانى).

بعد[(۱)] الأداء[(۲)] وبمقداره.

وإمّا لأنّها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه.

وإمّا لأنّها وإن اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبه مشروط بالأداء.

وظاهرهم هو الوجه الأوّل[(۳)] ، وعلى أيّ حالٍ لا خلاف فی أصل الحکم

۱- هذا هو الأقوی. (حسن القمّی).

۲- هذا الوجه هو الصحیح. (البجنوردی)

۳- وهو الصحیح، ومع الغضّ عن النصّ والإجماع فالقاعده أیضاً تقتضی ذلک؛ فإنّ إذن المضمون عنه فی الضمان عنه أو أداء دینه ونحو ذلک لا یوجب شیئاً من حیثنفسه، بل کونه استیفاءً لمال الضامن ونحوه فی أداء دینه هو الموجب لاشتغال ذمّته بما استوفاه، وظاهر أنّ قضیّه ذلک هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، ویتفرّع علی ذلک من الفروع ما لا یخفی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * وهو الأقوی. (الإصطهباناتی). * ویمکن تطبیقه علی القاعده، بل هو الظاهر. (الشریعتمداری). * وهو الّذی تقتضیه القاعده. (الخوئی). * وهو الأقوی، کما هو صریح بعضهم، وظاهر الباقی، حتّی مثل الشیخ فی المبسوط(المبسوط للطوسی: ۲/۳۲۳.)، والعلّامه فی التحریر(تحریر الأحکام للعلّامه الحلّی: ۲/۵۵۸.)، فإنّ الحکم بجواز مطالبه الضامن المضمون عنه بتخلیصه عن الدَین غیر الحکم باشتغال ذمّه المضمون عنه. (محمّد رضاالگلپایگانی). * وهو المطابق للقاعده أیضاً؛ لأنّ إذن المضمون عنه لا موضوعیّه له مطلقاً، بل طریق إلی الأداء. (السبزواری). * وهو مقتضی القاعده، لا ما ذکره المصنّف قدّس سرّه. (محمّد الشیرازی).

وإن كان مقتضى القاعده(۱) . . . .

ص:۴۷

۱- بل مع احتمال كون منشأ الرجوع وقوع الخساره فی ماله فعلاً مقتضـی الأصلعدم الرجوع إلّا بعد الأداء؛ إذ مجرّد اشتغال الذمّه غير موجبٍ لورود الخسارهالفعليّه عليه، كما لا يخفى. (آقاضـياء). * لم نعرف قاعدةً تقتضی ذلک. (الكوه كَمَری). * لا تقتضی القاعده جواز المطالبه قبل الأداء؛ لِما عرفت من أنّ المضـمون عنه ضامن بالضـمان الطولیّ. (الفانی). * كون مقتضـی القاعده ما ذكره ممنوع، بل الظاهر أنّ مجرّد إذنه بالضـمان وضـمانه و اشـتغال ذمّته لا يوجب اشـتغال ذمّه المضمون عنه، ولو للأصل وعدم الدليل عليه،نعم، بعد الأداء لا إشكال نصّاً وفتویً فی جواز الرجوع واشتغال ذمّته، ويمكن استفاده ما ذكر من الروايه المشار إليها أيضاً. (الخمينی). * الظاهر أنّ الأوفق بالقاعده ولو من جهه الأصل وعدم الدليل علی خلافه هوالوجه الأوّل؛ فإنّ عقد الضـمان لا يؤثّر إلّا فی ثبوت الاشتغال للضامن، وانتقال مافی ذمّه المضمون عنه إليه، وليس فيه من اشتغال ذمّه المضمون عنه للضامن عينولا أثر، وليس له الرجـوع عليه من دون الإـذن فی الضـمان، فالاشـتغال إنّمـا هـو فيصـوره الإـذن، وحيث لاـ دليـل علی ثبوته بمجرّد الضـمان فمقتضـی الاستصـحاب عدمحـدوثه إلّا بعـد الأداء؛ لأنّه لا إشـكال نصّاً وفتویً فی ثبوته بعده . ثمّ لو فرضـنا أنّ مقتضـی القاعده ما أفاده الماتن قدّس سرّه فثبوت الإجماع والخبرعلی خلافه ممنوع. أمّا الأوّل فلأنّه حكم الشيخ قدّس سرّه وبعض آخر بأنّه يجوز للضامن مطالبه المضـمون عنه بتخليصه من الدَين وإن لم يطالبه المضمون له، وذلک ظاهر فيثبوت الاشتغال قبل الأداء ومطالبه المضـمون له، ودعوی أنّ الحكم بجواز المطالبهبذلک غير الحكم باشتغال ذمّه المضمون عنه واضحه الفساد؛ فإنّه كيف يعقل جوازالمطالبه منه مع عـدم اشـتغال ذمّته بشـیء؟! وأمّا الثانی فلأنّه لا منافاه بين كون الاشـتغال من حين الضـمان وبين عـدم جواز الرجوع إلّا بالمقـدار الّذی صولـح الضـامن عمّا ضـمنه بـذلک المقـدار، غايه الأمر أنّه لو كانت المصالحه بعـد أخـذ مال الضمان يجب عليه ردّ الزائد. (اللنكرانی).

جواز المطالبه(۱) ، واشتغال(۲) ذمّته(۳) . . . .

۱- هـذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيـخ وجماعه،نعم، خالفه العلّامه(تحرير الأحكام للعلّامه الحلّى: ۲/۵۵۹.) واشـتهر بعـده، وإنّما مورد الإجماع والخبر هو أنّه إذا صولح الضامن عمّا ضـمنه بأقلّ منه لم يسـتحقّ على الأصـيل إلّا ما صولـح عليه، ولاـ منافاهبينهمـا، غـايه الأـمر أنّه يجب عليه ردّ الزائـد إن صولـح عليه بعـد أخـذ مال الضـمان.(البروجردى). * بل القاعده أيضاً تقتضى الوجه الأوّل، كالإجماع والنصّ. (الروحانى).

۲- لا يخلو من القوّه، والإجماع على خلافه غير محقّق، والخبر لا يدلّ على خلافه.(عبدالله الشيرازى).

۳- بل الأوفق بالقواعد هو الأوّل؛ لأنّ إنشاء الضمان إنشاء لاشتغال ذمّه الضامن بمافى ذمّه المضمون عنه للمضمون له، ويُعبَّر عنه بانتقـال مـا فى ذمّه المضـمون عنه إلى ذمّه الضـامن، وليس فيه من اشـتغال ذمّه المضـمون عنه عين ولا أثر، ولكن حيث إنّ أداء الضامن دينه من مال نفسه بإذنه يكون بمنزله أداء المضـمون عنه وإتلافه ذلك المال واستيفائه، فتشـتغل ذمّته به له، وأمّا اشـتغال ذمّته بمجرّد اشتغال ذمّه الضامن فلا دليل له ما لم ينجرّ إلى إتلاف المال. (محمّد رضا الگلپايگانى).

من حین الضمان(۱) فی قبال اشتغال ذمّه الضامن، سواء أدّی، أم لم یودِّ.

فالحکم المذکور علی خلاف(۲) القاعده(۳) ثبت بالإجماع، وخصوص الخبر(۴) «عن رجلٍ ضمن ضماناً ثمّ صالح علیه، قال: لیس له إلّا الّذی صالح

ص:۴۹

۱- یمکن أن یکون جواز المطالبه موقوفاً علی أداء دین المضمون عنه واشتغال ذمّته بما أدّاه الضامن، لا مجرّد براءه ذمّته من الدَین واشتغال ذمّهٍ اُخری به، فالحکم علی مقتضی القاعده، ویصحّ ما فرّع علیه. (صدرالدین الصدر).

۲- کونه علی خلاف القاعده محلّ النظر. (الإصفهانی).

۳- محلّ تأمّل. (الإصطهباناتی). * بل هو علی مقتضی القاعده؛ إذ سبب الضمان واشتغال ذمّه المضمون عنه هو استیفاء مال الضامن فی أداء دینه، لا صرف أمره بالضمان والأداء أو إذنه فیهما،اللهمّ إلّا أن یقال: إنّ نقل ما فی ذمّه المضمون عنه إلی ذمّته لیس مجّاناً وبلا عوض،بل باعتبار اشتغال ذمّته له، وعلیه بناء العقلاء وعملهم، فتأمّل. (البجنوردی) * بل هو موافق القاعده. (حسن القمّی).

۴- رواه الکلینی بسندٍ موثّق عن عمر بن یزید(الکافی: ۵/۲۵۹، ح۷.) ورواه الشیخ(تهذیب الأحکام: ۶/۲۰۶، ح۴.) وابن إدریس(السرائر لابن إدریس: ۲/۷۱.) بطرقٍ اُخری، وقد عرفت أنّه موافق للقاعده. (الفانی).

عليه»[(١)]. بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر.

ويتفرّع على ما ذكروه[(٢)] : أنّ المضـمون له لو أبرأ ذمّه الضامن عن تمام الدَين ليس له الرجوع على المضـمون عنه أصـلًا، وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره.

وكذا لو صالح معه بالأقلّ كما هو مورد الخبر.

وكـذا لو ضـمن عن الضامِنِ ضامِنٌ تبرّعاً فأدّى فإنّه حيث لم يخسر بشـيءٍ لم يرجع على المضـمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وفّاه عنه غيره تبرّعاً[(٣)] .

احتساب المضمون له الدَين على الضامن من الحقوق الشرعيّه

(مسأله ١۴) : لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خُمُساً أو زكاةً أو صدقةً فالظاهر أنّ له الرجوع[(۴)] على المضمون عنه، ولا يكون ذلك في

حكم الإبراء.

وكذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبةً، وأمّا لو وهبه ما في ذمّته فهل هو كالإبراء[(۵)] ، . . . .

١- الوسائل: الباب (۶) من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

٢- أي الرجوع بما أدّى. (المرعشي).

٣- وقد يُستثنى من هذه كلّها إذا كان إعطاء الأجنبيّ عن الضامن إعطاءً من الضامن عرفاً، كما لو كان المديون فقيراً وضمن غنيّ عنه الوفاء من خُمسٍ أو زكاةٍ أونحوهما، كما سيأتي في المسألتَين (١۴) و(٣١) جواز ذلك. (محمّد الشيرازي).

۴- لا يخلو من الإشكال. (المرعشي).

۵- بل هو حقيقةٍ إبراء بلفظ الهبه، وإلّا فلا تصحّ الهبه إلّا في الأعيان ولو من جهتهاستفادته من شـرطيّه القبض فيه. (آقاضـياء). * نعم، هو كالإبـراء، والوجه واضـح؛ لأنّ هبه مـا في الـذمّه إن كانت غير الإبراء فلاشكّ في كونها مثله في عـدم خروج شـيءٍ من كيس الضامن للمضمون عنه. (الفاني).

أو لا؟(۱) وجهان(۲) .

ولو مات المضمون له فورِثه الضامن لم يسقط(۳) جواز الرجوع به على المضمون عنه.

بیع المضمون له بما یساوی أقلّ من الدَین

(مسأله ۱۵) : لو باعه أو صالحه المضمون له بما یُسوّی أقلّ من الدَین، أو

ص:۵۱

۱- بل هو حقیقه بالنسبه إلی الضامن، وأمّا بالنسبه إلی المضمون عنه ففیه وجهان.(عبدالله الشیرازی).

۲- أقواهمـا الأوّل. (الفیروزآبادی، النائینی، جمال الـدین الگلپایگانی، الخمینی، المرعشـی). * أوجههما الثانی. (الإصـفهانی). * أقربهما الأوّل. (صدرالـدین الصـدر). * أقواهما الأوّل، بل أوّله إلیه واقعاً. (الإصـطهباناتی). * أوجههما الأوّل، بل ربّما یُدّعی أنّه عین الإبراء حقیقه، وإن کانت هـذه الـدعوی ضـعیفهً جـدّاً. (البجنوردی) * لا یبعـد أن یکون ثانیهما أقرب. (الخوئی). * أقربهما الثانی لو لم تکن قرینه علی الخلاف. (السبزواری). * أقربها الثانی. (محمّد الشیرازی). * لا یبعد کون الثانی أوجه. (الروحانی). * ولا یبعد أن یکون الثانی أقرب. (اللنکرانی).

۳- الفرق بین سـقوط الـدَین بالهبه وسـقوطه بالإرث غیر واضح؛ حیث حکمفی الأوّل بأنّ فی کونه کالإبراء أولاً وجهان، وحکم فی الثانی بعدم السقوط جزماً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

وفّاه الضامن بما يُسوّى أقلّ منه، فقد صرّح بعضهم(۱) بأنّه لا يرجع(۲)

على المضـمون عنه إلّا بمقدار ما يُسوّى، وهو مشـكل(۳) بعـد كون الحكم على خلاف القاعـده(۴) ، وكون القدر المسلّم غير هذه الصور،

۱- وهو الأظهر. (محمّد الشيرازی).

۲- وهو الأقوی الموافق للقاعده، ولإطلاق الخبر. (حسن القمّی).

۳- لا إشـكال فيه مع ظهور الخبر وعدم الاسـتفصال. (الفيروزآبادی). * لا إشـكال فيه. (الكوه كَمَری). * لا إشـكال فيه؛ لشمول الموثّقه له، وقد عرفت أنّه موافق للقاعده أيضاً. (الفانی). * بل لا إشـكال فيه، ولا ظهور للخبر فی خصوص الرضا من الدَين بأقلّ منه، وقدمرّ أنّ الحكم على القاعده. (محمّد رضا الگلپايگانی). * خبر الصـلح مطلق، والحكم مطابق للقاعده، فلا وجه للإشـكال. (السبزواری). * لا إشـكال فيه بعـد كون الحكم على طبق القاعده، وإطلاق خبر الصـلح.(الروحانی). * الظاهر أنّه لا إشـكال فيه؛ لمـا مرّ من عـدم كون الحكم على خلاـف القاعـده،والظـاهر عـدم الفرق بين مورد خبر الصـلح وبين هـذين الموردين لو لم نقل بشموله لهما، وعدم اختصاصه به، كما لا تبعد دعواه. (اللنكرانی).

۴- بـل فی كـلّ موردٍ كـان من بـاب انتقـال الـدَين لاـ يمنع عن الرجوع؛ لأـنّه بمنزله الوفـاءبه خارجاً بإذنه، فلا ينافی ذلك كون الحكم على وفق الاُـصول. (آقاضـياء). * تقـدّم أنّ هـذا الحكم ليس على خلاف القاعـده، فلا إشـكال فی ما ذكره البعض،وخبر الصـلح أيضـاً يـدلّ على ذلـك. (البجنوردی) * مرّ منع كونه على خلاـف القاعـده، لكنّ المسـأله مع ذلك محلّ إشـكالٍ بجميع صورها. (الخمينی). * كونه خلافها محلّ تأمّل. (المرعشـی). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه، والحكم على طبق القاعده، وخبر الصلح مطلق.(الخوئی).

وظاهر(۱) خبر(۲) الصلح(۳) الرضا من الدَین بأقلّ منه، لا ما إذا(۴) صالحه(۵)

بما(۶) یُسوّی(۷) أقلّ منه(۸) .

وأمّا لو باعه أو صالحه أو وفّاه الضامن بما یُسوّی أزید فلا إشکال فی عدم جواز الرجوع بالزیاده.

لو دفع المضمون عنه إلی الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء

(مسأله ۱۶) : إذا دفع المضمون عنه إلی الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه :

ص:۵۳

۱- استظهار خصوص القسم الأوّل من الروایه الشریفه أضعف من دعوی کون الحکم علی خلاف القاعده. (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- استظهار خصوص القسم الأوّل من الروایه الشریفه أضعف من دعوی کون الحکم علی خلاف القاعده. (النائینی).

۳- إشاره إلی موثّقتَی عمر بن یزید(الوسائل: الباب (۶) من أبواب کتاب الضمان، ح۱.) وعبدالله بن بکیر(الوسائل الباب (۶) من أبواب کتاب الضمان، ح۲.)، والاستظهار محلّإشکال، والظاهر عدم الفرق. (المرعشی).

۴- الظاهر شمول النصّ للصورتَین. (صدرالدین الصدر).

۵- الظاهر عدم الفرق بینهما. (الإصفهانی، الإصطهباناتی، عبدالله الشیرازی).

۶- الظاهر شمول الروایه للمورد. (عبدالهادی الشیرازی).

۷- الظاهر عدم الفرق بینهما. (البروجردی).

۸- إلّا إذا کانت المصالحه بعنوان الرضا بأقلّ منه ولو من غیر الجنس، بخلاف ما لوکانت المعامله غیر محاباتیّه واتّفق ذلک لغبنٍ أو غیره. (الشریعتمداری).

فإن کان ذلک بعنوان الأمانه لیحتسب بعد الأداء عمّا له علیه فلا إشکال، ویکون فی یده أمانهً لا یضمن لو تلف إلّا بالتعدّی أو التفریط.

وإن کان بعنوان وفاءِ ما علیه: فإن قلنا باشتغال(۱) ذمّته(۲) حین الضمان

وإن لم یجب علیه دفعه إلّا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حینه بشرط الأداء بعد ذلک علی وجه الکشف فهو صحیح، ویُحتَسب وفاءً، لکن بشرط حصول الأداء من الضامن علی التقدیر الثانی.

وإن قلنا: إنّه لا تشتغل ذمّته إلّا بالأداء وحینه کما هو ظاهر المشهور(۳)

فیشکل صحّته وفاء؛ لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد، فیکون فی یده کالمقبوض(۴) بالعقد(۵) الفاسد(۶) ، وبعد الأداء لیس له الاحتساب إلّا بإذنٍ

جدید(۷) ، أو العلم ببقاء الرضا به.

۱- وهو الأقوی، کما مرّ، بل مرّ أنّه یجب علیه أیضاً مع المطالبه. (البروجردی).

۲- ولا یخلو من قوّه. (السبزواری).

۳- المنصور. (الکوه کَمَری، الروحانی). * الموافِق للتحقیق. (الفانی). * وهو الأشبه، کما مرّ. (الخمینی). * وقد مرّ أنّه الأقوی. (محمّد رضا الگلپایگانی). * وقد مرّ أنّه الأوفق بالقاعده. (اللنکرانی).

۴- لو دفعه بدلاً عمّا ضمنه عنه، فلا یبعد أن یکون کالمقبوض بالسَوم، ویملکه الضامن بنفس الأداء بلا حاجهٍ إلی إذنٍ جدید. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۵- الظاهر أنّ عنوان الوفاء یکون کالقبول المتقدِّم علی الإیجاب؛ بمعنی أنّ الرضاالاستمراریّ بکونه وفاءٍ کافٍ فی صیرورته وفاءً بعد الأداء. (الفانی).

۶- یمکن المناقشه فیه. (صدرالدین الصدر).

۷- لا یحتاج إلیه. (الفیروزآبادی). * ولبقاء الإذن السابق وجه غیر بعید. (المرعشی).

لو دفع المضمون عنه بأمر الضامن

(مسأله ۱۷) : لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عنّی إلى المضمون له ما علیّ من مال الضمان» فدفع برئت ذمّتهما معاً، أمّا الضامن فلأنّه قد أدّى دَینه، وأمّا المضمون عنه فلأنّ المفروض أنّ الضامن لم یخسر، کذا قد یقال.

والأوجه(۱) أن یقال(۲) : إنّ الضامن حیث أمر المضمون عنه بأداء دَینه

ص:۵۵

۱- وأمّا على ما ذکرناه فهو واضح لا یحتاج إلى توجیه. (البروجردی). * ولاحتمال بناء المسأله على ما تقدّم من اشتغال الذمّه من حین وقوع الضمان و عدمه وجه، لکنّه غیر موجّه. (المرعشی). * بل الأوجه التفصیل بین القول باشتغال ذمّه المضمون عنه حین الضمان، فتشتغل ذمّهالضامن للمضمون عنه بالأداء بإذنه فی تهاتران، وبین القول بعدم الاشتغال إلّا بعد أداءالضامن، فإن أدّى المضمون عنه مجّاناً فلا تشتغل ذمّته؛ لعدم خسران الضامن، وإن أدّى بإذنه بقصد أخذ العوض منه فإن أعطاه الضامن عِوض ما أدّى عنه بإذنه اشتغلت ذمّته له بالدَین؛ لأنّه خسر بإعطائه، وإلّا فلا، کما مرّ فی أداء الضامن. (محمّد رضا الگلپایگانی).
۲- ذمّه المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد أداء الضامن بمقتضى الضمان الطولیّ الّذی مرّفی المسأله (۱۳)، والمفروض عدم تحقّق الأداء من الضامن فی المقام وفی المسأله(۱۸) الآتیه، فبراءه ذمّتهما معاً فی المسألتین أو التهاتر(التَهاتُر فی القول بین الرجلین: هو أن یدّعی کلّ واحدٍ منهما على الآخر باطلاً. غریب الحدیث لابن قتیبه: ۱/۱۰۳، تاج العروس: ۷/۶۰۵ (ماده هتر).) أو التقاصّ(التقاصّ: هو أخذ مال المَدِین فی قبال ما علیه من دَین، أی جعل ما للغریمَین مقابل ما علیه للاخر. المصطلحات (إعداد مرکز المعجم الفقهی): ۷۸۵.) فی هذه المسأله سالبه بانتفاء الموضوع. (الفانی). * أی بناءً على ما هو ظاهر المشهور، وأمّا بناءً على القول بحدوث الاشتغال للمضمون عنه بمجرّد الضمان، فهو أی ــ التهاتر ــ واضح لا ارتیاب فیه. (اللنکرانی).

فقد اشتغلت ذمّته بالأداء، والمفروض أنّ ذمّه المضمون عنه أيضاً مشغوله

له؛ حيث إنّه أذن له فی الضمان، فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّه الضامن من حیث کونه بأمره، ولاشتغال ذمّه المضمون عنه؛ حیث إنّ الضمان بإذنه وقد وفّی الضامن(۱) ، فیتهاتَران(۲) أو یتقاصّان(۳) ، وإشکال صاحب

ص:۵۶

۱- بل وفی المضمون عنه، ولعلّ فی العباره تحریفاً. (کاشف الغطاء). * فی نسخهٍ مصحّحه (المضمون عنه) بدل (الضامن). (المرعشی). * أی المضمون عنه، والظاهر کون المقام من التهاتر، لا التقاصّ. (السبزواری).

۲- هذا هو الأقوی، ولا مورد للمقاصّه. (صدرالدین الصدر). * لا تردید فی کونه تهاتراً، ولا مورد للمقاصّه. (حسن القمّی).

۳- کونه من أظهر موارد التهاتر وأجنبیّاً عن باب المقاصّه ظاهر. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * لا مورد للتقاصّ هاهنا، بل هو من باب التهاتر. (البجنوردی) * لا معنی للتقاصّ ها هنا، وأمّا التهاتر فوجیه. (الخمینی). * قهراً، وهو المتعیّن. (المرعشی). * لا موقع للمقاصّه فی المقام، وبراءه الذمّتین إنّما هی من جهه التهاتر. (الخوئی)(وقد وردت تعلیقه منه ؛ فی نسخهٍ اُخری، ولا توجد فی النسخه الّتی بأیدینا، وهی: «الصحیحأن یقال: وقد وفی المضمون عنه، ولعلّ التبدیل من سهو القلم، أو من غلط النسّاخ. ثمّ إنّه...»). * لیس المقام من مصادیق التقاصّ، بل هو من التهاتر القهریّ. (محمّد الشیرازی). * لا موقع للتقاصّ، بل هو من موارد التهاتر. (الروحانی). * لا موقع للمقاصّه هنا. (اللنکرانی).

الجواهر(جواهر الكلام: ۲۶/۱۵۵.) فی اشتغال ذمّه الضامن بالقول المزبور فی غیر(۱) محلّه(۲) .

إذا دفع المضمون عنه بغیر إذن الضامن

(مسأله ۱۸) : إذا دفع المضمون عنه إلی المضمون له من غیر إذن الضامن بَرِئا معاً(۳) ، کما لو دفعه أجنبیّ عنه.

إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن

(مسأله ۱۹) : إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدّی لیس له الرجوع علی المضمون عنه، بل علی الضامن. بل وکذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه فإنّه بالأداء یرجع علی الضامن، ویرجع هو علی المضمون عنه الأوّل.

ضمان الدَین بأقلّ منه أو أکثر

(مسأله ۲۰) : یجوز أن یضمن الدَین بأقلّ منه(۴) برضا المضمون له، وکذا

یجوز(۵) أن یضمنه بأکثر(۶) منه(۷) ، وفی الصوره الاُولی لا یرجع علی

۱- بل فی السَخیف من القول. (الفیروزآبادی).
۲- بعد تحقّق استیفائه من جهه أمره بالأداء عنه. (المرعشی).
۳- هذا یعیّن الوجه الأوّل فی المسأله السابقه. (الکوه کَمَری).
۴- بأن یضمن البعض مع إسقاط المضمون له البقیّه، أو إبراء المضمون عنه عنها. (المرعشی).
۵- محلّ تأمّل وإشکال. (اللنکرانی).
۶- فیه إشکال. (الخمینی). * ضمان الزیاده ضمان لِما لم یجب، وتعهّد بما لا مطابق له خارجاً، فلا یصحّ، بل لا معنی له. نعم، إعطاء الزائد بقصد الهبه جائز، کما هو واضح، وحکمه ما فی المتن. (الفانی). * فیه تأمّل وإشکال. (الشریعتمداری).
۷- فی تحقّق الضمان بالنسبه إلی المقدار الزائد عن الدَین إشکال، بل منع. (عبدالله الشیرازی). * فیه إشکال، بل منع. (الخوئی). * بأن یشترط الزیاده ویلتزم بها للمضمون له. (المرعشی). * مشکل، إلّا بمعنی الالتزام بإعطاء شیءٍ زائدٍ علیه مجّاناً. (محمّد رضا الگلپایگانی). * یشکل، بناءً علی بطلان ضمان ما لم یجب، وشموله حتّی للمقام. (السبزواری). * فیه تأمّل. (حسن القمّی). * فیه إشکال. (البروجردی، عبدالهادی الشیرازی، الخمینی، الروحانی).

المضـمون عنه مع إذنه فی الضـمان إلّا بذلک الأقلّ، کما أنّ فی الثانیه لا یرجع علیه إلّا بمقدار الدَین، إلّا إذا أذن المضـمون عنه فی الضمان بالزیاده.

الضمان بغیر جنس الدَین

(مسأله ۲۱) : یجوز(۱) الضمان(۲) بغیر جنس(۳) الدَین(۴) ، کما یجوز

الوفاء بغیر الجنس(۵) ، ولیس له أن یرجع علی المضمون عنه إلّا بالجنس

الّذی علیه إلّا برضاه.

الضمان بشرط الرهانه

(مسأله ۲۲) : یجوز الضمان بشرط الرهانه(۶) فیرهن بعد الضمان، بل

۱- فیه إشکال، إلّا إذا رجع إلی اشتراط الوفاء من غیر الجنس. (اللنکرانی).

۲- ولـو بنقلـه إلی ذمّـه بعض مراتـب مـا فی ذمّـه غیره من مراتب مـالیّته فی ضـمن غیره،کمـا هـو الشـأن فی الوفـاء بغیر الجنس. (آقاضیاء).

۳- فیه نظر علی مبنی کون الضمان موجباً للنقل، إلّا أن یراد اشتراط التأدِیهِ من غیرجنس الدَین. (المرعشی).

۴- بمعنی اشتراط الأداء من غیر الجنس، وإلّا فمشکل. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- فیه إشکال، بل منع. (الخوئی).

۶- فیُعتبر فی صـحّه القبض، کما فی سائر المرهونات. (المرعشـی). * هذا إنّما یتمّ فیما إذا کان الشـرط بنحو شـرط النتیجه، وأمّا إذا کـان الشـرط بنحوشـرط الفعل فلا یصـحّ؛ لأنّ مرجعه إلی جعل الخیار فیه، وقـد تقـدّم أنّ الخیار لایـدخل فی عقـد الضـمان. (الخوئی).

الظاهر جواز اشتراط كون المِلك الفلانىّ رَهناً بنحو شرط النتيجه(۱) فى

ضمن عقد الضمان(۲) .

إذا كان على الدَين رهن فهل ينفک بالضمان؟

(مسأله ۲۳) : إذا كان على الدَين الّذى على المضمون عنه رهن فهل ينفكّ(۳) بالضمان(۴) ، أو لا؟ يظهر من المسالك(مسالك الأفهام: ۴/۲۰۵.) والجواهر(جواهر الكلام: ۲۶/۱۵۰.) انفكاكه(۵) ؛

لأنّه بمنزله الوفاء، لكنّه لا يخلو من إشكال(۶) ، هذا مع الإطلاق، وأمّا مع

ص:۵۹

۱- وعلى فرض صحّته، وعدم اشتراط سببٍ خاصٍّ توقيفيٍّ ولو بالإمضاء فى تحقّقه كان لاحتمال اشتراطه بالقبض وجه. (المرعشى). * لكنّ ذلك لا يوجب سقوط اشتراط صحّه الرهن بالقبض. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- وفى اشتراط صحّه الرهن حينئذٍ بالقبض وعدمه وجهان. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

۳- الانفكاك قريب، والتفصيل فيه بين أن يكون الرهن على أصل بقاء الدَين أو على ذمّه المضمون عنه، فلا ينفكّ فى الأوّل، بخلاف الثانى أقرب. (السبزوارى).

۴- الظاهر ذلک. (عبدالهادى الشيرازى، الروحانى).

۵- وهو الأقوى. (الفيروزآبادى). * وهو الصحيح. (الخوئى). * وهو الظاهر. (اللنكرانى).

۶- ولكنّه الأقوى. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * لا وجه للإشكال إذا كان وثيقةً لدَينٍ فى ذمّه شخصه، نعم، لو كان وثيقةً لنفس مافى الذمّه ــ فى أىّ ذمّهٍ كان ــ لا وجه لفكّه. (آقا ضياء). * الظاهر عدم الإشكال فيه. (الكوه كَمَرى، الشريعتمدارى). * لا إشكال فيه أصلاً، وهو الصحيح. (البجنوردى) * لا وجه له إذا كان وثيقةً للدَين فى ذمّه شخصه، وأمّا إذا كان مطلقاً ففيه إشكال،وكذا مع اشتراط البقاء. (عبدالله الشيرازى). * لا إشكال فى ذلک؛ إذ لا رهن على ذمّهٍ بريئه، فينفكّ الرهن؛ لأنّه وثيقه لِما فىذمّه المديون، وبعد انتقاله إلى ذمّهٍ اُخرى لابقاء له، ومن هذا ظهر عدم صحّهاشتراط البقاء. (الفانى). * لكنّ الفكّ هو الأقوى. (الخمينى). * وجهه احتمال بقاء الدَين بلا أداءٍ مع كون المرهونه وثيقةً له، غايه الأمر أنّ انتقاله بالضمان من ذمّهٍ إلى اُخرى. (المرعشى). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان الرهن على هذا الدَين ما لم يُعطَ بقى الرهن، وإن كان رهناً على خصوص ذمّه المضمون منه فكّ الرهن. (محمّد الشيرازى). * لكنّه الأقوى. (حسن القمّى).

اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتَّبع.

اشتراط الضمان فی مالٍ معیّن وما فیه من أقسام

(مسأله۲۴) : یجوز(۱)اشتراط(۲)الضمان(۳)فی مالٍ

ص:۶۰

۱- اشتراط ذلک وإن ادّعی عدم الخلاف فی جوازه لکنّه لا یخلو عن الإشکال،خصوصاً إذا کان علی وجه التقیید. (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- اشتراط ذلک وإن ادّعی عدم الخلاف فی جوازه لکنّه لا یخلو من الإشکال،خصوصاً إذا کان علی وجه التقیید. (النائینی).

۳- حصر التعهّد للدَین بمالٍ خاصٍّ یقتضی عدم کون عهدهٍ فی البَین إذا لم یکن المال الخاصّ موجوداً، وهو غیر معقول؛ لأنّ الکلّی الذمّی لا یتخصّص بمالٍ خاصٍّ خارجیّ، فلا معنی لانتقال الدَین عن ذمّه المضمون عنه إلی ذمّه الضامن مع حصرالضمان بالمال الخارجیّ. ثمّ علی فرض صحّه هذا التصویر إذا تلف المال لابدّ وأنلا یبقی ضمان فی الخارج، نعم، یجوز ذلک علی نحو الالتزام فی الالتزام، ونتیجههذا الشرط ثبوت الخیار للمضمون له بتعذّر المشروط به فی عالم الوفاء وللضامن؛لأنّ لزوم الضمان علیه مع هذا الشرط ضرریّ؛ إذ ربّما کان الغرض الداعی لضمانه هو تطبیق ما فی ذمّته علی المال الخاصّ المذکور. (الفانی). * فیه تأمّل. (حسن القمّی).

معيّنٍ(١) على وجه التقييد(٢) ، أو على نحو الشرائط فى العقود؛ من كونه من

١- باشتراط التأديه منه. (المرعشى). * بأن يشترطا الأداء منه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

٢- لم يظهر لى معنىً معقول لتقييد ما فى الذمّه بالمال الموجود فى الخارج، كما هوظاهره. (البروجردى). * فيه إشكال. (عبدالله الشيرازى، حسن القمّى). * إذا كان الضمان بمعنى نقل الذمّه فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود فى الخارج؟! اللهمّ إلّا أن يمنع ذلك، ويلتزم بكون الضمان نوع تعهّدٍ للأداء، لكنّه خلافالمشهور. (الشريعتمدارى). * صحّته كذلك محلّ إشكال، بل منعٍ، إلّا إذا كان كلّيّاً فى المعيّن فإنّ له وجه صحّه؛فإنّ الكلّى فى المعيّن لا يخرج عن الكلّيّه، والذمّه على ما هو التحقيق، فيكون ضمانه فى دائره المعيّن، فمع تلف الكلّ يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدَين لا يبطل ويتعيّن للأداء، ومع بقاء ما ينقص عنه يبطل بالنسبه. (الخمينى). * بأن يتقيّد المضمون فى الذمّه بكونه فى العين الخارجيّه على نحو تقيّد الكلّىّ فى المعيّن، لا تقيّد الضمان حتّى يلزم محذور التعليق. (المرعشى). * لا يظهر معنى متحصّل للتقييد فى المقام، فينحصر الأمر فى الاشتراط، ولا يترتّب عليه إلّا وجوب الوفاء بالشرط؛ لما مرّ من الإشكال فى ثبوت الخيار بتخلّفه.(الخوئى). * ظاهره تقيّد الضمان بأداء العين، وهو يرجع إلى التعليق الباطل بالإجماع، ولمأجد مَن تعرّض للمسأله إلّا العلّامه ١(تذكره الفقهاء (ط ج): ١۴/٣٠١.)، وهو المتفرّد به على ما فى مفتاح الكرامه(مفتاح الكرامه: ١۶/٣۴٨.)، والظاهر أنّ مقصوده الاشتراط دون التقييد، كما أنّ صاحب مفتاح الكرامه حمل كلامه عليه من دون ذكر احتمالٍ آخر. (محمّد رضا الگلپايگانى). * الظاهر أنّه من تقييد الوفى، ولا إشكال فيه، بل ويصحّ فرض اعتبار العين فى الذمّه أيضاً تقييداً. (السبزوارى). * بأن يقيّد الكلّىّ الّذى يضمنه فى ذمّته بقيدٍ يوجب انحصار فرده لو اُريد الأداءبمالٍ معيّن خارجىّ. (الروحانى). * لا يظهر معنى معقول لتقييد الضمان، الّذى هو عباره عن اشتغال ذمّه الضامن بماعلى عهده المضمون عنه بالمال المعيّن الموجود فى الخارج، إلّا إذا كان بنحو الكلّيفى المعيّن؛ حيث إنّه يجتمع فيه الذمّه والمعيّن معاً، فيكون ضمانه فى حدوده ولايتجاوز عنه، فإذا تلف الجميع يرتفع اشتغال الذمّه، ومع بقاء مقداره أو بعضٍ منه يتعيّن للأداء. (اللنكرانى).

باب الالتزام فی الالتزام، وحینئذٍ یجب علی الضامن الوفاء من ذلک المال، بمعنی صرفه فیه.

ص:۶۲

وعلى الأوّل إذا تلف ذلک المال يبطل الضمان(۱) ، ويرجع المضمون له

على المضمون عنه، كما أنّه إذا نقص(۲) يبقى الناقص فى عهدته.

وعلى الثانى لا يبطل، بل يوجب الخيار(۳) لِمَن له الشرط من الضامن(۴)

أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ.

وأمّا جعل الضمان فى مالٍ معيّنٍ من غير اشتغال ذمّه الضامن، بأن يكون

ص:۶۳

۱- إن تلف تمامه، ولا يبطل إن بقى منه بمقدار الدَين. (المرعشى).

۲- يبطل الضمان فى هذا الفرض بالنسبه. (المرعشى).

۳- فيه إشكال، بل لا وجه له مع فرض القول بأنّ الضامن هو المولى، كما هوالمفروض. (عبدالله الشيرازى). * قد مرّ الإشكال فى ثبوت الخيار فى الضمان مطلقاً. (اللنكرانى).

۴- الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له؛ إذ مرجعه حينئذٍ إلى التزام المضمون له قبوله إن أدّاه الضامن إليه، فلا تخلّف منه حتّى يثبت به الخيارللضامن. (البروجردى). * لا وجه لخيار الضامن فى فرض المسأله، وهو تلف ذلک المال. (عبدالهادى الشيرازى). * ثبوت الخيار له منفرداً أو مع المضمون له محلّ نظر. (المرعشى). * ثبوت الخيار للضامن بالتلف عنده محلّ منع، ولو كان هو المشروط له؛ لأنّ الشرط على المضمون له معناه عدم استنكافه من أخذه، وليس من شأنه أن يلتزم بغير ذلک، فلا خيار للضامن إلّا مع استنكاف المضمون له من الأخذ. (محمّد رضاالگلپايگانى). * لا خيار للضامن فى فرض المسأله، وهو تلف ذلک المال. (الروحانى).

الدَین فی عهده ذلک المال(۱) فلا یصحّ.

إذن المولی لعبده بالضمان فی کسبه

(مسأله ۲۵) : إذا أذِن المولی لمملوکه فی الضمان فی کسبه(۲) : فإن قلنا :

إنّ الضامن هو المولی للانفهام العرفیّ، أو لقرائن خارجیّهٍ یکون من اشتراط الضمان فی مالٍ معیّنٍ وهو الکسب الّذی(۳) للمولی، وحینئذٍ فإذا مات العبد

تبقی ذمّه المولی مشغوله إن کان علی نحو الشرط فی ضمن العقود، ویبطل(۴) إن کان علی(۵) وجه التقیید(۶) ، وإن انعتق یبقی(۷) وجوب الکسب(۸) علیه(۹) .

۱- ولا تکون عهده المال علی الضامن. (الفیروزآبادی).

۲- تقدّم الإشکال فیه. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۳- وقد مرّ التأمّل فیه. (حسن القمّی).

۴- قد مرّ الإشکال فی أصل الضمان بنحو التقیید. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- وقد مرّ الإشکال فیه. (حسن القمّی).

۶- مرّ آنفاً أنّه لا محصّل له فی المقام. (الخوئی).

۷- لا ـ وجه لبقاء وجوب الکسب علیه مع کون الضامن هو المَولی علی الفرض، کماأنّه لا وجه لبقاء ذمّه المولی مشغوله؛ لتعذّر الکسب بما هو مال للمولی. (اللنکرانی).

۸- مشکل؛ بناءً علی أنّ الضامن هو المولی، کما هو المفروض. (الإصفهانی). * لا وجه له فی الفرض. (الخمینی).

۹- بقاء الحقّ علیه مع أنّ الضامن هو المولی للانفهام العرفی أو غیره لا ـ یتّجه.(کاشف الغطاء). * مع فرض کون الضامن هو المولی لا وجه لبقاء وجوب الکسب علیه؛ فإنّه فیحکم تلف المال الّذی اشترط الأداء منه؛ فإنّ کسب العبد بعد انعتاقه لا یکون منأموال المولی. (الإصطهباناتی). * لا وجه له مع فرض القول بأنّ الضامن هو المولی بل الظاهر أنّه کتلف المالالّذی اشترط أن یودّی منه؛ فإنّ کسب العبد علی وجهٍ یکون من أموال المولی قدتعذّر بانعتاقه. (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * لا ـ وجه لوجوب الکسب علیه، مع أنّ المفروض هو اشتغال ذمّه المولی، وکونههو الضامن. (البجنوردی) * لا ـ ریب فی أنّ کسبه بعد انعتاقه یکون له، لا لمولاه، فلا وجوب علیه بعدالانعتاق فی کسبه. (الفانی). * فیه إشکال. (المرعشی). * بل تبقی ذمّه المولی مشغوله، کما فی الموت. (الخوئی). * بناءً علی عدم الموضوعیّه لذمّه المولی أبداً، بل کونها طریقاً إلی الکسب فقط،وإلّا فلا وجه للوجوب. (السبزواری). * لعلّ وجهه أنّ بمقتضی الشرط جعل کسبه قبل عتقه متعلّقاً لحقّ الغیر بمقدار أداءالدَین، فبعد العتق لا ـ یسقط هذا الحق، کما لو آجره قبل عتقه ثمّ أعتقه. (حسن القمّی). * لا وجه له مع فرض کون الضامن هو المولی، بل تبقی ذمّه المولی مشغوله، کمافی الموت. (الروحانی).

وإن قلنا: إنّ الضامن هو المملوك، وإنّ مرجعه إلى رفع الحَجر عنه بالنسبه إلى الضمان فإذا مات لا يجب على المولى شيء، وتبقى ذمّه المملوك مشغوله يمكن تفريغه بالزكاه ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب(۱) عليه(۲) .

ضمان إثنين عن واحد

(مسأله ۲۶) : إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد: فإمّا أن يكون على التعاقب، أو دفعةً.

ص:۶۵

۱- لعدم اختصاصه بزمان مملوكيّته. (المرعشی).

۲- فی إطلاقه إشکال. (محمّد الشیرازی).

فعلى الأوّل الضامن مَن رضى المضمون له(۱) بضمانه، ولو أطلق

الرضا(۲) بهما كان الضامن هو السابق(۳) ، ويحتمل قويّاً(۴) كونه كما إذا ضمنا

دفعةً(۵) ، خصوصاً بناءً على اعتبار(۶) القبول(۷) من المضمون له، فإنّ الأثر

۱- سواء كان سابقاً، أم لاحقاً. (المرعشى).

۲- الإطلاق بمعنى الإبهام لا ـ مصداق له، وبمعنى الإطلاق لا أثر له؛ إذ المال الواحد لا ينتقل إلى ذمّتَين على نحو الاستقلال، فلابدّ من القول بالبطلان. (الفانى).

۳- لو تعقّب كلّ ضمانٍ بقبولٍ مستقلٍّ فالسابق قبوله هو الصحيح، وإن تأخّر إنشاوهمن الضامن، أو كان مقارناً لإنشاء الآخر، ويُلغى ما عداه مطلقاً، ولو تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ فالأظهر التقسيط مطلقاً، ولا أثر للتعاقب ولا التقارن فى الصدور عنالضامن مطلقاً. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * للانتقال إليه أوّلاً، فلا مورد للانتقال الثانى، ولا للرضا به. (المرعشى).

۴- وهو الأقوى. (المرعشى). * هذا هو المتعيّن. (الروحانى). * وهذا هو المتعيّن؛ لما مرّ من أنّ الأقوى اعتبار القبول، وهو الملاك فى التعاقبوالدفعه، لا الإيجاب. (اللنكرانى).

۵- هذا هو المتعيّن. (الخوئى، حسن القمّى).

۶- كما هو الأقوى، وحينئذٍ لو وقع بعد كلّ ضمانٍ قبول فالسابق قبوله هو الصحيح،وإن كان إنشائه من الضامن متأخّراً،أومقارناً لإنشاء الآخر، ولو وقع بعد الجميع قبولواحدفالظاهرالتقسيط،بلاتفاوتٍ بين تقارن إنشاءالضمانات وتعاقبها.(الإصطهباناتى).

۷- وهو الأقوى، كما مرّ، وعلى هذا فهو المدار فى الدفعه والتعاقب. (البروجردى). * كما هو الأقوى. (الفانى، محمّد رضا الگلپايگانى). * وهو الأقوى، هذا لو تعقّب كلّ إيجابٍ بقبولٍ منفرد، وفى صوره تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ إشكال، والأوجه التقسيط. (المرعشى).

حاصل بالقبول نقلاً، لا كشفاً.

وعلى الثانى إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضى

بهما معاً ففى بطلانه(١) ـ كما عن المختلف(مختلف الشيعه: ۵/۴۶۶.) وجامع المقاصد(جامع المقاصد: ۳۴۱.)

واختاره(٢) صاحب الجواهر(جواهر الكلام: ۲۶/۱۵۲.) ـ أو التقسيط بينهما بالنصف، أو بينهم

بالثلث إن كانوا ثلاثه، وهكذا، أو ضمان كلٍّ منهما فللمضمون له مطالبه

مَن شاء، كما فى تعاقب الأيدى وجوه(٣) ، أقواها

ص:۶۷

١- وهو الأقوى؛ لِما عرفت من عدم صحّه انتقال المال الواحد إلى ذمّتَين على سبيلالاستقلال، فالاحتمال الثالث باطل من هذه الجهه، وأمّا الاحتمال الثانى فهو باطل؛لأنّ قبول المضمون له ضمان الضامِنين إنّما هو مطاوعه لإنشائهما، والمفروض أنّكلّ واحدٍ منهما أنشأ التعهّد بتمام الدَين، فمن أين يحكم بالتقسيط الّذى لا موجبله؟! وأمّا تعاقب الأيادى على مالٍ واحدٍ فهو لا يستلزم إلّا وجوب أدائه من كلّواحدٍ من أرباب الأيادى، ولا يكون قرار الضمان إلّا على من تلفت فى يده العين الّتى تعاقبت عليها الأيادى. (الفانى).

٢- وهو المختار. (الفيروزآبادى).

٣- هذا إذا لم يكن ضمان المتعدّد من ضمان المجموع، وإلّا فلا ينبغى الشكّ فى لزوم التقسيط، وأمّا إذا كان بنحو ضمان المتعدّد استقلالاً فهو باطل على الأظهر.(الخوئى).

الأخير(۱) وعليه(۲) . . . .

ص:۶۸

۱- هـذا أضـعف الوجوه مطلقـاً، بـل لاـ وجه له. (النـائينی، جمـال الـدين الگلپايگانی). * فيه تأمّل. (الكوه كَمَری). * بل الأوّل. (صدرالـدين الصـدر، محمّـد رضـا الگلپايگانی). * بل أضـعفها، كما يظهر من الحاشـيه السابقه. (الإصـطهباناتی). * على ما يراه العـامّه؛ إذ عليه يمكن تعهّـدات كثيره لمـا فی ذمّه واحـدٍ مع بقائه عليما كان عليه، بل عليه يصـحّ الجميع مع التعاقب أيضاً، وأمّا على مذهب أصـحابنافالأقوی هو الأوّل. (البروجردی). * بل الأقوی هو ثانی الوجوه، أی التقسـيط؛ لأنّ ما فی ذمّه المضـمون عنه إذا انتقلإلـی ذمّه الضامن فليس هناك شـیء آخر حتّی ينتقل إلی ذمّه الضامن الآخر، وقياسـهبتعاقب الأيـدی ليس فی محلّه؛ لأنّ الضمانات هناك طُولی، وبطلانه أيضاً لا وجهله، فلا يبقی إلّا التقسيط. (البجنوردی). * بل أضعفهما؛ لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال علی وجه النقل الّـذی هومعنی الضـمان علی المذهب الحقّ، ولا يبعد كون الأوّل أقرب الوجوه. (الخمينی). * لكن لا بنحو العرضـيّه فی الـذمم حتّی لاـ يلائم مبنی الأصـحاب فی باب الضـمان،بل بنحو البـدليّه والطُوليّه، وفيه إشـكال، فالمختار أوّل الوجوه إذا لم يكن البـاب منضـمان المجموع، وإلّا فأوجه الوجوه الثانی. (المرعشـی). * إن لم يكن من ضَمِّ ذمّهٍ إلی ذمّهٍ اُخری. (السبزواری). * فيه نظر وإشـكال. (حسن القمّی). * لاـ وجه لأـقوائيّته علی مـا هو الحقّ فی معنی الضـمان، نعم، لهـا وجه علی ما يراهغيرنا فی معناه، فالأظهر علی مسلكنا هو الوجه الأوّل. (اللنكرانی).

۲- لو كان قصد كلٍّ منهما ضـمان تمام المال، وإلّا فإن كان قصد كلٍّ منهما ضـمان حصّـته من المال فيرجع إلی كلٍّ بحساب ما قصد. (آقاضياء).

إذا أبرأ(۱) المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر(۲) ، إلّا إذا علم(۳) إرادته

إبراء أصل الدَين لا خصوصَ ذمّهِ ذلك الواحد.

ضمان كلّ من المدينين ما عليه للاخر

(مسأله ۲۷) : إذا كان له على رجلَين مال، فضمن كلّ منهما ما على الآخر بإذنه: فإن رضى المضمون له بهما صحّ، وحينئذٍ فإن كان الدَينان متماثِلَين جنساً وقدراً تحوّل ما على كلٍّ منهما إلى ذمّه الآخر، ويظهر الثمر فى الإعسار(۴) واليسار، وفى كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناءً على افتكاك الرهن بالضمان. وإن كانا مختلِفَين قدراً أو جنساً، أو تعجيلاً وتأجيلاً، أو فى مقدار الأجل فالثمر ظاهر.

وإن رضى المضمون له بأحدهما(۵) دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذٍ

فإن أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى؛ حيث إنّ المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدّى البعض فإن قصد كونه ممّا عليه أصلاً أو ممّا عليه ضماناً فهو المتّبع، ويقبل قوله إن ادّعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر(۶)

۱- بل الأقوى هو الأوّل على مذهب الخاصّه. (عبدالله الشيرازى).

۲- هذا واضح على مبنى الضمّ فى باب الضمان، لا النقل. (المرعشى).

۳- كما هو الظاهر، بل الأظهر. (المرعشى).

۴- بثبوت الخيار للمضمون له، وإذا فسخ ثبت الجميع على المُوسِر منهما. (المرعشى). * وكذا فى إبراء صاحب الدَين دَينه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- لداعٍ عقلائىّ، ككونه سهل القضاء وسهل الاقتضاء. (المرعشى).

۶- إنّما يجوز له الرجوع على المضمون عنه فى صوره أدائه ما أذن له، كما عرفت،وهو يحتاج إلى مؤونه زائده. (صدرالدين الصدر).

التقسيط(۱) ، . . . .

ص:۷۰

۱- فی التقسیط نظر بعد اعتبار العقلاء سقوط أحد الدَینَین بلا عنوان، نعم، لا یسقطأثره من الرهن؛ لأنّه تابع شخص الدَین المرهون علیه معیّناً، وهو بعدُ باقٍ بحکمالاستصحاب؛ لأنّ انتفاء أحدهما بلا عنوانٍ لابدّ وأن یکون فی ضمن انتفاء إحدیالخصوصیّتَین قهراً، وحیث لا یکون معلوماً فیرجع فیه إلی الاستصحاب. (آقاضیاء). * إنّ ما فی الذمّه لا یَتعنوَن بعنوان الأصلیّ والضمانیّ فلا موجب للتقسیط، وأمّاالقرعه فلا عموم لها یشمل المورد، فالأوجه تخییر المؤدّی فی التعیین؛ لأنّ ولایهالتعیین تکون لمن علیه الدَین، والتعیین اللاحق امتداد لتلک الولایه، فتأمّل جیّداً،نعم، الأحوط عدم ترتّب الآثار الخاصّه إلّا مع التراضی. (الفانی). * محلّ تأمّل، بل احتمال القرعه أقرب، وأقرب منه عدم جواز الرجوعإلی المضمون عنه إلّا مع العلم بالأداء لما علیه ضماناً، وکذا نظائر المسأله،فلا یُفکّ الرهان إلّا مع العلم بافتکاکه بأداء الدَین الّذی له رهن، وکذا الحالفی الإبراء. (الخمینی). * لعدم إمکان صرفه إلی أحدهما بدون مرجّح. (المرعشی). * بل الظاهر أنّه یقع وفاءً لِما فی ذمّته أصلاً، فلا یجوز له الرجوع علی المضمونعنه ما لم یقصد وفاء ما وجب علیه من قبله، والوجه فی ذلک: أنّ الرجوع علیه منآثار أداء ما ثبت فی ذمّته من قبله، فما لم یقصد بخصوصه لا یترتّب أثره، وبذلکیظهر حال نظائر المسأله. (الخوئی). * بل الظاهر کونه ممّا علیه أصلاً، أمّا فی نظائر المسأله ففیه تفصیل. (حسن القمّی). * والأظهر وقوعه وفاءً لِما فی ذمّته أصلاً؛ لأنّ ترتّب الآثار الاُخر منجواز الرجوع وافتکاک الرهن وسقوط الخیار إنّما یتوقّف علی تعلّق القصدبموضوعاتها، وأمّا براءه الذمّه من الدَین الأصلیّ فترتّبها علی أداء الدَین قهریّ منشؤه الانصراف. (اللنکرانی).

ويحتمل القرعه(۱) ، ويحتمل(۲) كونه(۳) مخيّراً فى التعيين بعد ذلك، والأظهر الأوّل.

وكذا الحال فى نظائر المسأله(۴) ، كما إذا كان عليه دَين عليه رهن، ودَين آخر لا رهن عليه فأدّى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع، وهكذا فإنّ الظاهر فى الجميع التقسيط(۵) .

وكذا(۶) الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدَينَين مع عدم قصد كونه

۱- ويحتمل قويّاً أن يكون أداءً لِما فى ذمّته أصلاً؛ لأنّه لا يحتاج إلى مؤونه زائده،وقصد كونه أداءً لِما فى ذمّته أصلاً بخلاف كونه أداءً لما فى ذمّته ضماناً؛ فإنّه يحتاجإلى قصد الوفاء لِما فى ذمّته ضماناً. (البجنوردى). * فيه نظر. (المرعشى).

۲- هذان الاحتمالان كلاهما ضعيفان مطلقاً. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

۳- فيه نظر، ويحتمل البطلان، ولا يخلو من وجه. (المرعشى).

۴- الحكم فى نظائر المسأله محتاج إلى مزيد التأمّل. (الإصفهانى). * فرق بين ما نحن فيه وبين الموارد الّتى ذكرها، والمقام شبيه من عليه فريضهلنفسه ومثلها من باب الإجاره وجاء بها من غير أن يقصد إنّها عن نفسه أو عن غيرهفإنّ الأظهر أنّها تقع لنفسه وما نحن فيه من هذا القبيل فعند الاطلاق بحسب ممّاعليه ويبقى ما عليه من باب الضمان. (صدرالدين الصدر). * فى غير صوره الدَينين المحضين ممّا كان فى البين شيء زائد عنهما إشكالوحينئذٍ ينصرف قريباً إلى ما هو لا أثر له إلّا أداء الدَين. (عبدالله الشيرازى).

۵- ويحتمل قويّاً انصرافه قهراً إلى ما لا أثر لأدائه سوى براءه ذمّته من الدَين، من فكّرهنٍ، أو سقوط خيارٍ، أو رجوعٍ إلى الغير بعوض. (البروجردى). * لو لم يكن تعارف على الخلاف. (السبزوارى).

۶- بل الأظهر التفصيل بين ما لو كان الدَينان على نفسه أصلاً فالتقسيط، وبين ما إذاكان أحدهما على نفسه أصلاً والآخر على غيره انتقل إليه؛ فإنّ الأداء يكون وفاءًلِما تعلّق بنفسه أصلاً. (محمّد الشيرازى).

من مال الضمان أو من الدَين الأصلی، ویقبل قوله إذا ادّعی التعیین فی القصد؛ لأنّه لا یعلم إلّا مِن قِبَلِه.

عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدَین

(مسأله ۲۸) : لا یشترط علم(۱) الضامن(۲) حین الضمان بثبوت الدَین

علی المضمون عنه، کما لا یشترط العلم بمقداره، فلو ادّعی رجل علی آخر دَیناً فقال: «عَلَیَّ ما علیه» صحّ، وحینئذٍ فإن ثبت(۳) بالبیّنه(۴) یجب علیه أداوه، سواء کانت سابقهً أم لاحقه. وکذا إن ثبت بالإقرار السابق علی الضمان أو بالیمین المردوده(۵) کذلک.

وأمّا إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت بالیمین المردوده فلا یکون حجّهً علی الضامن إذا أنکره، ویلزم عنه(۶) بأدائه فی الظاهر(۷) .

۱- والاستدلال علی الاشتراط بنفی الغَرر غیر تامّ، سواء کان المحذور الخطر، أمالجَهاله. (المرعشی).
۲- فیه تأمّل وإشکال. (محمّد رضا الگلپایگانی).
۳- الدَین السابق علی الضمان. (صدرالدین الصدر).
۴- الدَین وتقدّمه علی الضمان. (المرعشی).
۵- من طرف المضمون عنه إلی المضمون له. (المرعشی). * أی کذلک. (اللنکرانی).
۶- أی یلزم المضمون عنه بأداء ما أقرّ علیه أخذاً بإقراره. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فیه إشکال. (حسن القمّی). * أی یلزم المضمون عنه. (اللنکرانی).
۷- مع اعتراف المضمون له بالضمان المزبور عن هذا الدَین لا وجه لإلزام المقرّظاهراً أیضاً. (آقاضیاء). * فی العباره تحریف ظاهراً، ولعلّ الصحیح: ولا یلزم بأدائه عنه فی الظاهر.(کاشف الغطاء). * فی هذه الصوره إشکال حتّی فی الظاهر. (عبدالله الشیرازی). * فیه نظر. (المرعشی).

ولو اختلف الضامن والمضمون له فی ثبوت الدَین أو مقداره فأقرّ الضامن، أو ردّ الیمین علی المضمون له فحلف لیس له الرجوع علی المضمون عنه إذا کان مُنکِراً وإن کان أصل(۱) الضمان بإذنه.

ولابدّ فی البیّنه المثبته للدَین أن تشهد بثبوته حین الضمان، فلو شهدت بالدَین اللاحق أو أطلقت ولم یعلم سبقه علی الضمان أو لحوقه لم یجب علی الضامن أداوه.

ضمان ما تشهد به البیّنه

(مسأله ۲۹) : لو قال الضامن: «عَلَیَّ ما تشهد به البیّنه» وجب علیه(۲) أداء

ما شهدت بثبوته حین التکلّم بهذا الکلام؛ لأنّها طریق إلی الواقع(۳) ، وکاشف عن کون الدَین ثابتاً حینه.

فما فی الشرائع(شرائع الإسلام: ۲/۳۵۸.) من الحکم بعدم الصحّه لا وجه

۱- هذا إذا کان الإنکار فی المقدار. (الفیروزآبادی).
۲- إذا کان أصل الدَین ثابتاً وکان المجهول مقداره، وأمّا إذا کان أصل الدَین غیرمحقّقٍ فقد مرّ الإشکال فیه، ولعلّه المقصود من تعلیل الشرائع. (محمّد رضا الگلپایگانی).
۳- واحتمال الموضوعیّه الصرفه فی حقّها ضعیف جدّاً، کما حُقّق فی محلّه.(المرعشی).

له(۱) ، ولا للتعلیل الّذی ذکره بقوله: «لأنّه لا یعلم ثبوته فی الذمّه، إلّا أن

یکون مراده فی صوره إطلاق البیّنه المحتمل للثبوت بعد الضمان».

وأمّا ما فی الجواهر(جواهر الکلام: ۲۶/۱۴۴.) من «أنّ مراده بیان عدم صحّه ضمان ما یثبت بالبیّنه من حیث کونه کذلک؛ لأنّه من ضمان ما لم یجب، حیث لم یجعل العنوان ضمان ما فی ذمّته لتکون البیّنه طریقاً، بل جعل العنوان ما یثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها» فهو کما تری(۲) لا وجه له(۳) .

ص:۷۴

۱- بل هو وجیه إن کان الثبوت بالبیّنه علی وجه التقیید، بخلاف ما إذا کان علی وجهالمعرّفیّه والمشیریّه إلی ما فی ذمّته أو مقدارٍ منه. (الخمینی). * له وجه غیر بعید، سواء کان المراد نفیه بالنسبه إلی الواقع، أم لحمل عبارهالمحقّق. (المرعشی). * بل لا وجه إلّا له إذا کان المراد ما یثبت بالبیّنه علی وجه التقیید؛ لأنّ الضمان لابدّوأن یتعلّق بالدَین، وما تشهد به البیّنه بهذا العنوان لا یکون کذلک. (اللنکرانی).

۲- لا أری فیه شیئاً إلّا الصحّه. (صدرالدین الصدر).

۳- نری له وجهاً وجیهاً، والتوجیه الّذی ذکره المصنّف ؛ بعید جدّاً. (الفیروزآبادی). * بل هو مراد الشیخ ومَن تابعه علیه قطعاً، وهو الوجه؛ فإنّ الضمان لابدّ من تعلّقهبالدَین بعنوانه أو بعنوانٍ ملازمٍ له لِیُشار به إلیه، وما تشهد به البیّنه لیس کذلک. (البروجردی). * ویمکن رفع النزاع، وأنّ اختلافهم من جهه دلاله عبارتَی الضمان والشهاده علیوقوع أیّهما مقدَّم والآخر مؤخّر، ولمّا کان اللازم وقوع الضمان بعد ثبوت الدَین فی الذمّه ومقتضی العبارتَین المذکورتَین فی المتن التقارن وهو لا یفید(کذا فی أصل النسخه، والعباره فیها إبهام وغیر تامّه المعنی.). (عبدالله الشیرازی).

جواز الدور فی الضمان

(مسأله ۳۰) : یجوز الدَور(۱) فی الضمان، بأن یضمن عن الضامن ضامنٌ

آخر ویضـمن عنه المضـمون عنه الأصیل، وما عن المبسوط(المبسوط: ۲/۳۴۰.) من عدم صـحّته؛ لاستلزامه صیروره الفرع أصلاً، وبالعکس؛ ولعدم الفائده لرجوع الدَین کما کان مردود: بأنّ الأوّل غیر صالحٍ للمانعیّه، بل الثانی أیضاً(۲)

کذلک، مع أنّ الفائده تظهر فی الإعسار(۳) والیسار(۴) ، وفی الحلول والتأجیل،

والإذن وعدمه، وکذا یجوز التسلسل بلا إشکال.

ضمان دَین الفقیر بالوفاء من الخمس ونحوه

(مسأله۳۱) : إذا کان المدیون فقیراً یجوز أن(۵) یضمن(۶)

۱- لداعٍ عقلائیّ. (المرعشی).
۲- فیه نظر؛ لعدم شـمول إطلاق الأدلّه إیّاه بعد کونها محمولهً بالانصراف أو غیره علیالعقود العقلائیّه ذوات الجدوی، علی ما هو التحقیق فی محلّه، سواء فی ذلک الأدلّهالعامّه والخاصّه. (المرعشی).
۳- وکذا فی الإبراء ولوازمه. (محمّد رضا الگلپایگانی).
۴- والإبراء ونحوه. (المرعشی).
۵- فیه نظر، إلّا فی صوره کون الضامن ولیّاً علی المضمون عنه، کالحاکم، واشتغالذمّته بالفعل. (المرعشی).
۶- محلّ إشکال، نعم، لا یبعد الجواز فی بعض الأحیان للولیّ، فتشتغل ذمّته بعنوان، وعلیه لا دخاله فیه لاشتغال ذمّته بها. (الخمینی).

عنه(۱) بالوفاء(۲) من طرف الخمس(۳) أو الزكاه(۴) أو المظالم، أو نحوها من

الوجوه الّتى تنطبق عليه إذا كانت ذمّته مشغولهً(۵) بها فعلاً، بل وإن لم

تشغل(۶) فعلاً على إشكال(۷) .

ص:۷۶

۱- جواز هذا الضمان فى غايه الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخُمس والزكاه، بللايبعد عدم جوازه مطلقاً. (النائينى). * بشرط كون الضامن وليّاً عن كلّىّ الفقير المالك للخمس والزكاه، وإلّا ففى صحّتهبمجرّد ولايته عن شخص الفقير إشكال؛ لعدم كونه مالكاً قبل القبض. (آقاضياء). * جواز الضمان فى غايه الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخُمس والزكاه، بل لا يبعدعدم جوازه مطلقاً. (جمال الدين الگلپايگانى). * بل لا يجوز مطلقاً. (عبدالهادى الشيرازى، الروحانى).

۲- ليس ذلك من الضمان المصطلح ، بل هو أداء الدَين المديون من الحقوق المنطبقهعليه، كأداء دَين الغارم الميّت، والظاهر جواز ذلك. (الفانى).

۳- هذا ينافى الضمان المستلزم لاشتغال ذمّه الضامن بالمال. (الكوه كَمَرى).

۴- محلّ تأمّل وإشكال. (الشريعتمدارى).

۵- على الوجهَين السابقَين، وحيث عرفت الإشكال فى الوجه الأوّل يمكنكالإشكال هنا أيضاً، فضلاً عمّا لم تشتغل ذمّته. (صدرالدين الصدر).

۶- فيه إشكال. (المرعشى). * فيه إشكال، وإن كانت ذمّته مشغوله. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۷- بل فيه منع ظاهر؛ لاعتبار فعليّه الاشتغال فى صحّته، ولا أقلّ من مقتضيه المعدومفى المقام أيضاً، وإن كنّا بعد فى شكٍّ من كفايته فى صحّه الضمان، كما تقدّمالإشكال منّا فى مثله. (آقاضياء). * بل على إشكالٍ فى الأوّل أيضاً. (الإصفهانى، البروجردى، عبدالله الشيرازى). * أقربه الجواز. (صدرالدين الصدر). * هذا من قبيل الضمان التبرّعىّ، سواء اشتغلت أو لم تشتغل، وتوجيهه يحتاج إلىنظر، أمّا ضمان الزكاه لآحاد الفقراء فلا وجه له أصلاً؛ فإنّ الآحاد لا يملكون قبلالقبض، نعم، يصحّ الضمان لحاكم الشرع باعتبار ولايته. (كاشف الغطاء). * بل الأوّل مثله فى الإشكال. (الإصطهباناتى). * الظاهر عدم جواز الضمان فى كِلتا الصورتَين. (البجنوردى). * لا يبعد عدم الجواز فيه، بل وفى سابقه. (الخوئى). * الظاهر عدم الإشكال؛ لأنّ أمثال ذلك من الاُمور الحسبيّه الّتى يصحّ للمؤمنينالقيام بها. (السبزوارى). * هذا الإشكال ضعيف، خصوصاً إذا كان الضامن وليّاً عن أرباب الخُمس والزكاه،كالفقيه العادل. (محمّد الشيرازى). * بل وفى سابقه أيضاً. (حسن القمّى). * فيه بل وفى الأوّل أيضاً. (اللنكرانى).

کون الدَین زکاةً أو خمساً

(مسأله۳۲) : إذا کـان الـدَین الّـذی علی المـدیون زکـاةً أو خُمُسـاً جـاز أن یضـمن عنه ضامن للحاکم(۱) الشـرعیّ، بـل ولآحاد الفقراء(۲) علی إشکال(۳) .

ص:۷۷

۱- لکن هو ولیّ فی قبول الضمان للمولی علیه، ولیس بالمضمون له، فیقوّیالإشکال الّذی یشیر إلیه. (المرعشی).

۲- لا وجه له. (الکوه کَمَری). * الظاهر عدم الإشکال فیه؛ بناءً علی صحّه التبرّع عن المدیون وإن کان الدَین منالحقوق الشرعیّه. (الفانی).

۳- والأـقوی عـدم جوازه. (النـائینی، جمـال الـدین الگلپایگـانی). * بناءً علی ما ذکرنا فی تصویره لا مـدخل لاشـتغال ذمّته بهما أصـلًا. (آقاضـیاء). * أقربه الجواز. (صدرالـدین الصـدر). * بـل لاـ وجه له؛ لأـنّ آحـاد الفقراء قبل أن یصل إلی یـدهم المال لا یملکون علیذمّه مَن علیه الخمس أو الزکاه. (البجنوردی). * بل منع. (الخمینی). * لا وجه لجوازه. (الخوئی). * حتّی فی الضمان للحاکم، وعلی فرض الصحّه فالمضمون له کلّیّ الفقیر أوالساده، والحاکم ولیّ لهم فی قبول الضمان، لا أنّه المضمون له. (محمّد رضاالگلپایگانی). * لا إشکال، خصوصاً إن کان المدیون من ذوی العفّه والصلاح، وکان معتاد الأخذ،أو ممّن یستحقّ تخصیصه بهـا. (السـبزواری). * هـذا الإشـکال ضـعیف أیضـاً. (محمّـد الشـیرازی). * إشـکالاً قویّـاً فی غـایه القوّه. (حسن القمّی). * قویّ. (الروحانی). * فیه وفی سابقه. (اللنکرانی).

الضمان فی مرض الموت

(مسأله۳۳) : إذا ضمن فی مرض موته: فإن کان بإذن المضمون عنه فلا إشکال فی خروجه من الأصل؛ لأنّه لیس من التبرّعات، بل هو نظیر القرض والبیع بثمن المثل نسیئه. وإن لم یکن بإذنه فالأقوی خروجه من الأصل کسائر المنجّزات(۱) ، نعم، علی القول بالثُلُث یخرج منه.

ضمان ما یعتبر مباشره المدیون له وضمان الکلّی فی المعیّن

(مسأله ۳۴) : إذا کان ما علی المدیون یعتبر فیه مباشرته لا یصحّ(۲)

۱- وهو الأقوی، کما سیأتی فی کتاب الوصیّه. (المرعشی).

۲- إلّا علی تکلّفٍ غیر خالٍ من الإشکال. (المرعشی).

ضمانه(۱) ، كما إذا كان عليه خياطه ثوبٍ مباشره، وكما إذا اشترط أداء(۲)

الدَين من مالٍ معيّنٍ للمديون. وكذا لا يجوز ضمان الكلّيّ فى المعيّن(۳) ، كما

إذا باع صاعاً من صُبره معيّنه، فإنّه لا يجوز الضمان عنه(۴) والأداء(۵) من

غيرها(۶) مع بقاء(۷) تلك الصبره موجوده.

حكم ضمان نفقه الزوجه والأقارب

(مسأله۳۵) : يجوز ضمان النفقه الماضيه(۸) للزوجه؛ لأنّها دَين على الزوج، وكذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكِّنه فى صبيحته؛ لوجوبها

۱- ويصحّ بنحو ضمان الأعيان المضمونه، كما سيأتى. (السبزوارى).

۲- إلّا إذا أسقط صاحب الشرط شرطه. (محمّد الشيرازى).

۳- لا مانع من ضمانه، كضمان العين الشخصيّه، وهو ضمان العهده، حسبما عرفت،وسيأتى فى المسأله (۳۸). (كاشف الغطاء). * لا يبعد ضمانه على نحو ما يأتى فى المسأله الثامنه والثلاثين. (محمّد الشيرازى).

۴- إذ المؤدّى حينئذٍ ليس بالمضمون، بل غيره. (المرعشى).

۵- بل والأداء منها أيضاً؛ فإنّ جواز الضمان فيه مشكل. (اللنكرانى).

۶- بل ومع الأداء منها أيضاً، كما إذا كان المالك للكلّىّ فى المعيّن من صُبرهٍ متعدّداً(الولايه، فيودّى من الوجوه المنطبقه)فضمن أحدهما عن الآخر فإنّه يرجع إلى ضمان الأعيان، ولا يخلو من إشكال.(محمّد رضا الگلپايگانى).

۷- وكذا مع عدم بقائها. (الخمينى). * وكذا مع عدم بقائها كذلك. (اللنكرانى).

۸- بناءً على ما هو ظاهر الفقهاء فى كون نفقه الزوجه الماضيه دَيناً ثابتاً فى ذمّهالزوج. (الفانى).

عليه حينئذٍ وإن لم تكن مستقرّه؛ لاحتمال نشوزها فی أثناء النهار بناءً علی سقوطها(۱) بذلک.

وأمّا النفقه المستقبله فلا یجوز(۲) ضمانها عندهم(۳) ؛ لأنّه من ضمان ما

لم یجب، ولکن لا یبعد(۴) صحّته(۵) ؛ لکفایه وجود(۶) المقتضی(۷) وهو الزوجیّه.

۱- أو کشفها عن عدم ثبوتها من الأوّل واقعاً. (المرعشی).

۲- وهو الأقوی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی، الخمینی).

۳- وهو الأقوی. (عبدالهادی الشیرازی). * وهو الأظهر إن کان الضمان فعلیّاً؛ لأنّه من ضمان ما لم یجب، والأحوط إن کانمعلّقاً علی ثبوته فی ذمّه المضمون عنه، کما مرّ. (الروحانی).

۴- بل بعید. (صدرالدین الصدر، محمّد رضا الگلپایگانی). * بل هو بعید. (عبدالله الشیرازی). * مرّ الکلام فیه فی أوائل کتاب الضمان. (اللنکرانی).

۵- قد عرفت أنّه بعید. (الکوه کَمَری). * بل هو بعید. (البروجردی). * مرّ الکلام فیه. (الخوئی، حسن القمّی).

۶- لا تکفی الزوجیّه لصدق الدَین علی النفقه المستقبله. (الفانی). * الکفایه محلّ نظر بعد اشتراط الثبوت فی الذمّه بالنسبه إلی المضمون. (المرعشی).

۷- فی کلّیّه صحّه الضمان بوجود المقتضی إشکال؛ للتشکیک فی صدق حقیقتهفی اعتبار العرف، اللهمّ إلّا أن یقال: إنّ المقتضی لوجود الشیء منشأ اعتبارهملمرتبهٍ من الوجود للشیء علی وجهٍ یرتّبون علیه بعض الآثار، ومنه التزامهم بکفایهوجود مقتضی حقّ الخیار لإسقاطه، وحینئذٍ فمن الممکن أیضاً أن یکون المقاممن هذا القبیل، وتتفرّع علیه الفروع الآتیه فی کلمات المصنّف، فراجع، ولقد أشرناإلیه آنفاً وسابقاً. (آقاضیاء). * فی کفایته تأمّل وإشکال. (الإصطهباناتی). * بصرف وجود المقتضی لا یخرج عن کونه ضمانَ ما لم یجب، فصحّته بعیده.(البجنوردی).

وأمّا نفقه الأقارب فلا یجوز ضمانها بالنسبه إلی ما مضی؛ لعدم کونها دَیناً علی مَن(۱) کانت علیه، إلّا إذا أذن للقریب أن یستقرض ویُنفِق علی

نفسه، أو أذن له الحاکم فی ذلک؛ إذ حینئذٍ یکون دَیناً علیه(۲) . وأمّا بالنسبه

إلی ما سیأتی فمن ضمان ما لم یجب(۳) ، مضافاً إلی أنّ وجوب الإنفاق(۴)

حکم تکلیفیّ، ولا تکون النفقه فی ذمّته، ولکن مع ذلک لا یخلو من إشکال(۵) .

۱- فیه تأمّل إذا یحتمل کونه دَیناً علیه، بل لو لا الإجماع المدّعی لم یکن بعیداً عنظاهر الأدلّه. (محمّد الشیرازی).
۲- لمن أقرضه. (المرعشی).
۳- ظاهر العباره یوهم الفرق بین ما مضی وما سیأتی، لکن لا فرق بینهما؛ لأنّه معالإذن فی الاستقراض یصحّ فیهما، ومع عدمه لا یصحّ فی کِلَیهما. (محمّد رضاالگلپایگانی).
۴- بل یمکن المصیر إلی ذلک حتّی فی نفقه الزوجه إن لم یکن إجماع علی خلافه؛ولذا لا ـ تکون نفقتها أیام ضیافتها عند أقاربها دَیناً علی ذمّه الزوج. (الفانی).
۵- لا ـ إشکال فی بطلان الضمان. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی، الخمینی). * بل منع؛ لعدم المقتضی فی المقام أیضاً. (آقاضیاء). * لا إشکال فیه. (الکوه کَمَری). * والأقوی عدم صحّه الضمان. (صدرالدین الصدر). * بل منع جواز الضمان؛ لأنّه لیس شیء فی ذمّته حتّی ینقل إلی ذمّه الضامن؛ بناءًعلی أنّ الضمان نقل ذمّهٍ إلی ذمّه. (البجنوردی). * لا ـ إشکال فیه قطعاً. (الفانی). * والبطلان أقرب. (المرعشی). * لا ینبغی الإشکال فی بطلان الضمان. (الخوئی). * بل لا إشکال فی عدم صحّته. (محمّد رضا الگلپایگانی). * لو لم یصدق الضمان عرفاً لا وجه للصحّه. (السبزواری). * بل لا إشکال فی بطلان الضمان. (حسن القمّی). * لا إشکال فی عدم الجواز. (الروحانی). * بل لا ینبغی الإشکال فی البطلان. (اللنکرانی).

ضمان مال الکتابه

(مسأله ۳۶) : الأقوی(۱) جواز(۲) ضمان(۳) مال المکاتبه(۴) ، سواء کانت

مشروطهً أو مطلقه؛ لأنّه دَین فی ذمّه العبد وإن لم یکن مستقرّاً؛ لإمکان تعجیز نفسه(۵) .

ص:۸۲

۱- لا قوّه فیه بعد البناء علی النقل فی الضمان؛ إذ هو فرع الثبوت. (المرعشی).

۲- لا یخلو من الإشکال. (جمال الدین الگلپایگانی، عبدالله الشیرازی). * محلّ إشکال. (اللنکرانی).

۳- لا یخلو من الإشکال. (النائینی). * فیه إشکال. (عبدالهادی الشیرازی، محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- المکاتبه عباره عن الالتزام بأداء مالٍ من العبد وعتقٍ من المولی، فلیستمستلزمهً لاشتغال ذمّه العبد بمالٍ للمولی، فالأقوی عدم جواز ضمان مال الکتابه.(الفانی).

۵- فإذا عجز انعتق ولیس علیه شیء. (الفیروزآبادی). * وبالتعجیز تبطل المکاتبه. (المرعشی).

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو في خصوص المشروطه؛ معلّلاً ـ بأنّه ليس بلازمٍ(۱) ولا ـ يوول(۲) إلى اللزوم ضعيف، كتعليله. وربّما يُعلَّل بأنّ لازم ضمانه

لزومه، مع أنّه بالنسبه إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً، مع أنّه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى(۳) .

حكم ضمان مال الجعاله والسبق والرمايه

(مسأله ۳۷) : اختلفوا في جواز ضمان مال الجُعاله قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السَبق والرمايه، فقيل بعدم الجواز؛ لعدم ثبوته في الذمّه(۴) قبل

العمل.

والأقوى(۵) ــ وفاقاً(۶) لجماعهٍ ــ . . . .

ص:۸۳

۱- إذ له فسخها بالعجز، فلا ثبوت ولا استقرار للمضمون. (المرعشی).

۲- إذ بالتأديه يخرج عن عنوان الكتابه. هذا في صوره الجزم، ولو فرض الشكّ فينفي اللزوم أو الأوّل إليه لا ـ وجه للتمسّك بالعمومات أيضاً لإثبات صحّه الضمان؛لأنّه تمسّك بها في الشبهه المصداقيّه. (المرعشی).

۳- إذ مرجع لزوم الضمان إلى عدم قابليّته للفسخ المنتج لاستقرار ما في ذمّه غيرهعلى ذمّته بنحوٍ كان في الأوّل، مستقرّاً أو متزلزلاً. (آقاضياء). * فيه إشكال. (المرعشی).

۴- هذا هو الأقوى، والآيه ليست بصدد بيان حكمٍ شرعيّ، وأمّا عهده الأمر فلاتشتغل بالعوض إلّا بعد عمل العامل؛ لأنّ الجعاله ونحوها إنّما تكون استيفاءً للعملبالعوض، فما لم يتحقّق العمل في الخارج فلا عهده. (الفانی).

۵- لا قوّه فيه، فلا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- لا قوّه فيه. (الكوه كَمَری). * لا قوّه فيه، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمّی).

الجواز(۱) ، لا لدعوى ثبوته فی الذمّه من الأوّل وسقوطه إذا لم یعمل، ولا

لثبوته من الأوّل بشرط مجیء العمل فی المستقبل؛ إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل، بل لقوله تعالی(۲) : (وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِیمٌ)(یوسف ۷: ۷۲.)(۳) ،

ولکفایه(۴) المقتضی(۵) للثبوت فی صحّه(۶) الضمان، ومنع اعتبار الثبوت

۱- محلّ تأمّل. (البروجردی). * محلّ إشکال. (الخمینی، اللنکرانی). * فیه نظر، والوجوه الأربعه الّتی أشار إلیها کلّها مخدوشه. (المرعشی). * فیه إشکال، والاحتیاط لا یُترک. (الخوئی).

۲- بل لِما تقدّم من کون الضمان بالنسبه إلی هذه الاُمور التزاماً وتعهّداً من الضامنبها، وإلغاءً لتعهّد المضمون عنه، لا تحویلًا لها من ذمّته إلی ذمّه نفسه، وانطباق مفاد الآیهالمبارکه علی کون الزعیم هو المتعهّد بالجعل ظاهر. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * الآیه لیست فی بیان الضمان النقلیّ المصطلح، بل فی مقام بیان التعهّد، أو الوعد،أو أنّها وارده فی بیان أصل تشریع الضمان، فهناک محتملات اُخر، والتفصیل موکولإلی المبسوطات المؤلّفه فی آیات الأحکام. (المرعشی).

۳- وفی دلاله الآیه علی الضمان المصطلح إشکال، والتمسّک بأصاله الحقیقه فیأمثال المقام منظور فیه. (آقاضیاء).

۴- فیه إشکال وبعد. (عبدالله الشیرازی).

۵- قد مرّ الإشکال فیه. (الإصطهباناتی). * قد مرّ الإشکال فی کفایته. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- تقدّم عدم کفایه المقتضی للثبوت فی صحّه الضمان، وأنّه لا یخرج بذلک عن کونه ضمانَ ما لم یجب، وأمّا قوله تعالی: (وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِیم)(یوسف ۷: ۷۲.)، فلیسالمراد بقوله تعالی: (أَنَا بِهِ زَعِیم) إلّا التعهّد والالتزام(فی نسخه الأصل: (تعهّد والتزام)، والأصحّ ما أثبتناه، وإلّا فتکون العباره منصوبهً علی التنوینباعتبارها خبر لیس.)، لا الضمان المصطلح الّذیهو عباره عن نقل ما هو فی ذمّه المضمون عنه إلی ذمّه الضامن. (البجنوردی).

الفعلیّ، کما أشرنا إلیه سابقاً.

حکم ضمان الأعیان المضمونه

(مسأله ۳۸) : اختلفوا فی جواز ضمان الأعیان المضمونه _ کالغصب(۱) ،

والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما _ علی قولَین: ذهب

إلی کلٍّ منهما جماعه. والأقوی(۲) الجواز(۳) ،

ص:۸۵

۱- الأعیان المضـمونه إنّما تُضـمن بالمثل والقیمه بعد تلفها، وضـمانها من هذه الجهه‌قبل التلف ضـمان لِما لم یجب، وهو باطل. (الفانی).

۲- بل الأقوی العدم، وتصوّر الضمان فیه لا یخلو من خفاء، بل منع، وهکذا الکلام‌فی ضمان مال المضاربه، بل هناک لازم باطل لا یمکن الالتزام به، بناءً علی ما نقوله فی معنی الضـمان، نعم، هو صـحیح بناءً علی ما یقول به غیرنا. (صدرالدین الصدر). * بل الأقوی عدم الجواز. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- عدم صـلاحیّه المذکورات مع بقاء أعیانها لأَنْ تُضـمَن بالضـمان الناقل الّذی شُرِّعَ‌عقده لإنشائه ظاهر، نعم، لو بنی علی صحّته إذا کـان مـن ضمّ ذمّهٍ إلی ذمّهٍ أمکن‌تصـحیحه، وقـد بنی الصـحّه فی المتن علی ذلـک، لکنّه کمـا تری یمکن تصحیحه‌بالضـمان الطُولیّ. (النـائینی، جمـال الـدین الگلپایگـانی). * بـل الأـقوی عـدم الجواز. (الکوه کَمَری). * مشـکل جـدّاً؛ للشکّ فی صـلوح المـذکورات لتعلّق الضـمان الناقـل المشـروع عنـدنا‌بها، وعـدم کون ضـمانها بمعنی ضمّ ذمّهٍ إلی ذمّهٍ اُخری من مـذهبنا، بـل من مذهب‌العامّه، والتمسّک بالعمومات مع الشکّ فی صحّته فی المذکورات عرفاً کما تری.(الإصطهباناتی). * لا قوّه فیه. (عبدالهادی الشـیرازی). * بـل الأـقوی عـدم الجـواز. (الخمینی). * فی صـوره تعهّـد العیـن وجعلهـا فی العهـده؛ کی تـترتّب علیـه الآثـار من استحقاق‌المضـمون له مطالبتهـا علی تقـدیرَی الوجود والعـدم، ووجوب ردّها بعینها وشخصـها‌علی فرض البقاء، وبأوصافها النوعیّه ومالیّتها، أو بمالیّتها فقط عند تلفها، ولکنّ‌المسأله غیر صافیهٍ عن شوب الإشـکال. (المرعشـی). * الظاهر فیه التفصـیل؛ فإنّ المنشأ إذا کـان هو التعهّـد الفعلیّ للعین المضـمونه لیترتّب‌علیه وجوب ردّهـا مع بقائهـا، ودفع البـدل عنـد تلفهـا فلاـ بـأس به للعمومـات، ولاسیّما‌أنّه متعارف فی الخارج. وإذا کان اشـتغال الـذمّه بالبـدل فعلاً علی تقدیر تلفها‌واشـتغال ذمّه الضامن الأوّل به متأخّراً فهو واضح الفساد، بل صـحّته غیر معقوله، وإذا‌کان اشـتغال الذمّه بعد اشتغال ذمّه الضامن الأوّل به علی نحو الواجب المشروط‌فصحّته مبتنیه علی عـدم اعتبار التنجیز؛ وبذلک یظهر الحال فی ضـمان الأعیان غیر‌المضـمونه. (الخوئی). * إذا کان المنشأ التعهّد الفعلیّ للعین یترتّب علیه وجوب ردّها مع بقائها وردّ بدلها‌عنـد التلف، وأمّا إذا کان المنشأ اشـتغال الذمّه بالبدل: فإن کان الاشـتغال فعلاً فهو‌باطـل قطعـاً، وإن کـان معلّقـاً علی اشـتغال ذمّه الضـامن الأوّل به فصـحّته تبتنی علی‌عـدم اعتبار التنجیز، وقـد تقـدّم الکلام فیه،

وبذلك يظهر الحال فى ضـمان الأعيان غيرالمضـمونه، فالمتحصّل جواز ضـمان الأعيان مطلقاً، بل الظاهر جواز ضمان الأعيانالّتى عند أصحابها. (الروحانى). * بل الظاهر العدم، سواء كان المراد به أحد الأمرين المذكورين فى المتن، أم كانالمراد به هو التعهّد الفعلىّ لنفس العين المضـمونه على حـذو ثبوتها فى عهـده الضامنالأوّل، المترتّب عليه وجوب الردّ مع البقاء والبدل مثلًا، أو قيمةً مع التلف، من دونفرقٍ بين أن يكون المراد ضمّ عهدته إلى عهده الأوّل، أو النقل عنها إليها. (اللنكرانى).

سواء(۱) كان المراد(۲) ضمانها بمعنى التزام ردّها(۳) عيناً ومثلها(۴) ، أو

قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد(۵) ضمانها بمعنى التزام مثلها،

۱- بمعنى التعهّد الفعليّ للعين، وأثره وجوب الردّ مع بقاء العين وردّ مثلها أو قيمتهاعند تلفها، وبغير هذا المعنى فلا تخلو من إشكال. (حسن القمّی).

۲- جواز الضمان بمعناه المصطلح ــ أی نقل ما فی ذمّهٍ إلی ذمّه اُخری بالنسبه إليالأعيان المضمونه كالمغصوبه والمقبوضه بالعقد الفاسد ــ معلوم العدم، نعم، لا مانعمن التعهّد والالتزام بردّها أو ردّ مثلها عند تلفها إن كانت مثليهً، وقيمتها إن كانتقيميّه. (البجنوردی).

۳- الالتزام بالردّ حال وجودها شرط ابتدائیّ، فلا تدخل تحت عنوان الضمان.(الفانی).

۴- بل المراد جعلها بأعيانها فی عهدته علی نحو كونها شرعاً فی عهده مَن هی فيده، المستَتبِع لاستحقاق مطالبته بها موجوده أو تالفه، ثمّ لوجوب ردّها بشخصهاإن أمكن، وإلّا فبنوعها أو بماليّتها، ولكنّ صحّته محلّ إشكال، سواء اُريد به نقلهاعن عهده ذی اليد إلی عهدته أم ضمّها إليها؛ لاحتمال كونها من الأحكام الشرعيّه،لا من الاُمور الّتی بيد الناس وضعاً ورفعاً. (البروجردی).

۵- لا يخفی أنّ الضمان فی موارد الضمان هو العهده، وهی أمر فعلیّ، أثره وجوبالردّ عند وجود العين، وردّ مثلها أو قيمتها عند تلفها، ومع ذلك كونه قابلاً للضمانبأن يثبت تلك العهده للضامن بسبب تعهّده محلّ إشكال، والتمسّك بعموم (أوفُوابِالعُقُود) مشكل، وبعموم «الزعيم غارم» أشكل. (الإصفهانی). * فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بترك مثل هذا الضمان. (المرعشی).

أو قیمتها(۱) إذا تلفت؛ وذلک لعموم قوله صلی الله علیه و آله : «الزعیم غارم»(مسند أحمد: ۵/۲۶۷، سنن ابن ماجه: ۲/۸۰۴، السنن الکبری للبیهقی: ۶/۷۲، العلل لابنحنبل: ۳/۱۸، الخلاف للطوسی: ۳/۳۱۹، غنیه النزوع: ۲۶۰.)(۲) ، والعمومات

العامّه(۳) ، مثل قوله تعالی: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(المائده: ۱.). ودعوی أنّه علی التقدیر الأوّل

یکون من ضمان العین، بمعنی الالتزام بردّها ــ مع أنّ الضمان نقل الحقّ من ذمّهٍ إلی اُخری، وأیضاً لا إشکال فی أنّ الغاصب أیضاً مکلّف بالردّ، فیکون من ضمّ ذمّهٍ إلی اُخری، ولیس من مذهبنا ــ وعلی الثانی(۴) یکون من ضمان

۱- هذا هو الضمان لِما لم یجب، وهو باطل. (الفانی).

۲- لا یظهر من هذه الجمله صحّه کلّ التزامٍ بعنوان الضمان، والعمومات غیر متکفّلهٍلإثبات العناوین المعاملیّه، فلا یمکن تطبیقها علی کلّ التزامٍ وإن ترتّبت علیه توالیفاسده. (الفانی). * فیه ضعف صدوراً ودلالهً، وما خُیّل من العمل بأنّه جابر فلیس ممّا یُعتدّ به.(المرعشی).

۳- فیه تأمّل، والعمومات لیست متکفّلهً لقابلیّه المحلّ. (عبدالله الشیرازی). * یکفی فی الصحّه إقدام العرف والعقلاء علیه، وعدم ثبوت الردع، فکیف بما إذاشملته العمومات؟! وهکذا الکلام فی مال الجعاله. (السبزواری).

۴- أی بمعنی التزام مثلها أو قیمتها. (الفیروزآبادی).

ما لم يجب، كما أنّه على الأوّل أيضاً كذلك بالنسبه إلى ردّ المثل أو القيمه عند التلف مدفوعه: بأنّه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غايه الأمر أنّه ليس من الضمان المصطلح. وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضى(۱) ، ولا دليل على عدم صحّه ضمان ما لم يجب(۲) من نصٍّ أو إجماعٍ وإن اشتهر فى الألسن، بل فى جملهٍ من الموارد حكموا بصحّته، وفى جملهٍ منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

وأمّا ضمان الأعيان الغير المضمونه _ كمال المضاربه والرهن والوديعه قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدٍّ أو تفريطٍ _ فلا خلاف بينهم(۳) فى عدم صحّته(۴) . والأقوى(۵) بمقتضى(۶) العمومات(۷)

۱- قد عرفت التأمّل فيه. (المرعشى).

۲- قد مرّ أنّ الأقوى عدم صحّته. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- والحقّ معهم. (الفانى).

۴- وهو الصحيح. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * وهو الصحيح، والتمسّك بالعمومات لصحّته قد مرّ ما فيه. (الإصطهباناتى). * وهو الأقوى. (عبدالهادى الشيرازى). * بل الأقوى بطلانه. (الخمينى).

۵- بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادى). * فيه نظر، والتمسّك بالعمومات الخاصّه أو العامّه فى رفع أمثال هذه الشبهه كماترى. (المرعشى). * بل الأقوى البطلان. (اللنكرانى).

۶- لا قوّه فيه. (الكوه كَمَرى).

۷- لا يجوز التمسّك بالعمومات فى المقام. (عبدالله الشيرازى).

صحّته(۱) أیضاً(۲) .

حکم ضمان درک الثمن للمشتری

(مسأله ۳۹) : یجوز(۳) عندهم(۴) بلا خلافٍ بینهم ضمان درک(۵) الثمن(۶)

للمشتری(۷) إذا ظهر کون المبیع مستحقّاً للغیر، أو ظهر بطلان البیع لفقد شرطٍ

۱- کیف تجدی العمومات بعد التشکیک فی أصل حقیقته العرفیّه فی أمثال المقام.(آقاضیاء). * بل بطلانه. (الإصفهانی، البروجردی). * بل الأقوی بطلانه. (البجنوردی).

۲- مع إقدام المتعارَف علیه، کما هو الظاهر. (السبزواری). * بمعنی التعهّد، لا بالضمان الناقل من ذمّهٍ إلی اُخری، وکذا فی الفرع السابق. (محمّدالشیرازی).

۳- محلّ إشکالٍ مع بقاء الثمن، سواء کان قبل القبض أم بعده، وأمّا فیما إذا تلف فبید البائع فلا إشکال فی الجواز. (اللنکرانی).

۴- محلّ إشکال. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- مع بقاء الثمن فی ید البائع محلّ تردّد، نعم، لا إشکال فیه مع تلفه. (الخمینی).

۶- بعد قبض البائع، واحتمال الضیاع فی حقّه الّذی عبّر عنه الشیخ(المبسوط: ۲/۳۲۶.) والعلّامه(مختلف الشیعه: ۵/۴۶۴ _ ۴۶۵.)ونجله(إیضاح الفوائد: ۲/۸۵، ۱۲۷.) فخر الإسلام بضمان العهده. (المرعشی).

۷- محلّ تأمّل وإشکال، وعدم الخلاف فیه مع قلّه التعرّض له لا یفید. (البروجردی). * حیث إنّه لم یثبت الإجماع علی هذا الضمان لیخرج به عن القواعد فالحال فیه هو الحال فی ضمان الأعیان المضمونه، وبذلک یظهر الحال فی بقیّه المسأله. (الروحانی).

من شروط صحّته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن، كما قيّد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر(۱) ، وهو الأقوى(۲) .

قيل: وهذا مستثنىً(۳) من عدم ضمان الأعيان.

هذا، وأمّا لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور(۴) لم يلزم الضامن(۵) ، ويرجع على البائع؛

ص:۹۱

۱- فيه تأمّل. (الفيروزآبادى).

۲- فى كونه أقوى تأمّل. (عبدالهادى الشيرازى). * الأقوى عدم صحّه ضمان درك الثمن إذا كان موجوداً، نعم، يصحّ هذا بعد القبضوالتلف، ولكنّه ليس ضماناً للدَرك ولا دليل على استثناء ضمان درك الثمن منضمان ما لم يجب الّذى قلنا ببطلانه. (الفانى). * فيه إشكال، والقيل المنقول فيه ما فيه. (المرعشى). * بالمعنى الّذى تقدّم فى المسأله السابقه، وكذا فى ما بعده. (حسن القمّى).

۳- الاستثناء لم يثبت، بل الحال فيه هو الحال فى ضمان بقيّه الأعيان الخارجيّه،وبذلك يظهر حال بقيّه المسأله. (الخوئى). * لا وجه له بعد صحّته فيها. (السبزوارى). * لم تظهر تماميّه هذا القول. (محمّد الشيرازى).

۴- وهو المنصور فيه وفى ما بعده، نعم، لا يبعد ذلك فى الأرش. (الخمينى). * وهو الحقّ فيه وفى ما بعده. (اللنكرانى).

۵- وهو الصحيح، وكذا لو ردَّ بالعيب أيضاً أو اختار الأرش. (النائينى، جمال الدينالگلپايگانى). * وهو الأقوى فيه وفى ما بعده. (الإصفهانى، الإصطهباناتى، البروجردى). * وهو الأقوى، وكذلك الأمر فى ما بعده من الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق. (البجنوردى). * وهو الأقوى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

لعدم ثبوت الحقّ وقت الضـمان، فيكون من ضمان ما لم يجب. بل لو صرّح بالضمان، إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضى التعليل المـذكور، نعم، فى الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا فى أنّه هل يدخل فى العهده ويصحّ الضـمان، أو لا؟ فالمشـهور على العدم(۱) ، وعن بعضهم دخوله، ولازمه الصحّه مع التصريح بالأولى(۲) .

والأقوى(۳) فى الجميع(۴) الدخول مع الإطلاق، والصحّه مع التصريح.

ودعوى أنّه من ضمان ما لم يجب مدفوعه بكفايه(۵) وجود السبب(۶) .

هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ.

۱- وهو الأقوى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- أولويّته واضحه. (الفيروزآبادى).

۳- فيه إشكال. (المرعشى).

۴- بـل الأقوى عـدم صحّه ضـمان ما لم يجب فى جميع الموارد، ولا معنى لكفايهوجود السبب فى صحّه ضمان ما لم يجب. (الفـانى). * مع إقـدام العرف والعقلاء عليـه، وأمّـا مع تردّدهـم فيه فالمشـهور هـو المنصـور فكيفبصـوره عـدم الإقـدام منهم؟! (السبزوارى).

۵- فيه وفى ما ذكره بعده نظر. (المرعشى).

۶- وقد عرفت عدم كفايه وجود السبب والمقتضى للضمان، ولا يخرج بذلك عنضمان ما لم يجب. (البجنوردى).

ضمان أرش المعيب

وأمّا بالنسبه إلى مطالبه الأرش فقال بعض مَن منع من ذلك بجوازها(۱) ؛

لأنّ الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أنّ الأقوى صحّه الأوّل أيضاً، وأنّ تحقّق السبب حال العقد كافٍ، مع إمكان دعوى(۲) أنّ الأرش أيضاً لا يثبت(۳) إلّا بعد اختياره(۴) ومطالبته،

فالصحّه فيه(۵) أيضاً من جهه كفايه تحقّق السبب. وممّا ذكرنا ظهر حال

ضمان درك المبيع(۶) للبائع.

ضمان عهده الثمن وتبيّن بعض المبيع مستحقّاً

(مسأله ۴۰) : إذا ضمن(۷) عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقّاً فالأقوى

۱- ولعلّه لا يخلو من قوّه. (الإصفهانی). * لا يخلو من وجه. (الإصطهباناتی).

۲- هذه الدعوی صحيحه بالنسبه إلی كون المورد من الضمان لِما لم يجب. (الفانی).

۳- لا يثبت الأرش بالاختيار، بل ثابت له فيختار. (الإصفهانی). * نعم، ولكنّ الملاك هو الاستحقاق، وهو ثابت بالعقد بلا إشكال، فلا يبعد الجوازفيه. (اللنكرانی).

۴- بل كان ثابتاً قبل اختياره فله اختياره. (الإصطهباناتی). * الأرش ثابت فيختار لا أنّ ثبوته بالاختيار. (الشريعتمداری). * هذا هو الصحيح ولكن لمّا كان مطالبته عين اختياره فلا إشكال فی اختياره بعدالعقد ومطالبته. (محمّد رضا الگلپايگانی). * فيختاره، لأنّه ثبت بالعقد لا أنّه يثبت فعلاً باختياره. (السبزواری).

۵- لا وجه للصحّه لفرض أنّ الذمّه غير مشغوله بالأرش إلّا بعد المطالبه، وعليه فلايصحّ ضمانه لأنّه من ضمان ما لا يجب. (الخوئی).

۶- يأتی فيه ما قوّينا فی ضمان درك الثمن. (الخمينی).

۷- إذا قلنا بصحّته. (الفانی).

اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفى البعض الآخر يتخيّر المشترى بين الإمضاء والفسخ؛ لتبعّض الصَفقه، فيرجع على البائع بما قابله. وعن الشيخ(المبسوط: ٢/٣٢٨.) جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له(١) .

ضمان ما يحدثه المشترى فى الأرض

(مسأله ٤٠) : الأقوى(٢) وفاقاً(٣) للشهيدين(اللمعه الدمشقيّه: ١٢٣، مسالك الأفهام: ٤/٢٠٤.)(٤) صحّه ضمان ما يُحدِثه المشترى من بناءٍ أو غرسٍ فى الأرض المشتراه إذا ظهر

كونها مستحقّةً للغير، وقَلَع البناء والغرس فيضمن الأرش، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً(٥) للمشهور(٦) ؛ لأنّه من ضمان ما لم

١- وجهه التمسّك بالعمومات الخاصّه والعامّه، ولكنّه قد تقدّم النظر فيه. (المرعشى). * إذا كان الضمان مقيّداً، لا مطلقاً. (محمّد الشيرازى).

٢- فيه تأمّل. (الفيروزآبادى).

٣- فيه إشكال. (حسن القمّى).

٤- فيه إشكال والاحتياط لا يُترك. (الخوئى).

٥- وهو الصحيح، بل لمّا كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الوارده على المشترى هو قاعده الغَرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفايه تحقّق السبب فى صحّهضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغَرور من الضعف بمكان. (جمال الدين الگلپايگانى).

٦- وهو الصحيح، بل لمّا كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الوارده عليالمشترى هو قاعده الغَرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفايه تحقّق السبب فى صحّهضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغَرور من الضعف بمكان. (النائينى). * وهو المنصور. (الإصفهانى، البروجردى، الخمينى). * وهو الأقوى. (الإصطهباناتى، محمّد رضا الگلپايگانى، اللنكرانى). * وهو الأقوى؛ لما ذكرنا من أنّ وجود سبب الضمان لا يُخرِج الشىء عن كونهضمانَ ما لم يجب بالنسبه إلى المسبّب. (البجنوردى). * وهو الحقّ المنصور. (الفانى). * وما ذكروه أحوط. (الروحانى).

یجب، وقد عرفت کفایه السبب(۱) .

هذا، ولو ضمنه البائع(۲) قیل: لا یصحّ(۳) أیضاً(۴) کالأجنبیّ، وثبوته(۵)

بحکم الشرع لا یقتضی صحّه عقد الضمان المشروط بتحقّق الحقّ حال

ص:۹۵

۱- إن کان بحیث یعتنی به العقلاء. (السبزواری).

۲- هذا ما هو المرسوم من کتبه فی أوراق الأملاک وسنداتها. (الفیروزآبادی).

۳- وهو الأقوی، بل لا معنی له، وتعدّد الجهه لا یُجدی. (الإصفهانی). * وهو الصحیح؛ لِما ذکره بأنّه لا معنی لضمان شخصٍ عن نفسه، وتعدّد الجهه لایرفع هذا الإشکال. (البجنوردی). * وهذا هو الصحیح؛ لعدم ثبوت الحقّ حال الضمان. (الفانی). * وهو الأقوی؛ بل لا وجه لضمان الشخص عن نفسه ولو مع تعدّد الجهه. (الخمینی). * نظراً إلی اتّحاد الضامن والمضمون عنه، وعدم جدوی تعدّد العنوان مع احتمالکون الجهتَین تعلیلیّتَین، مضافاً إلی شبهه تحصیل الحاصل. (المرعشی). * وهو الأصحّ، وتعدّد الجهه لا یجدی فی التصحیح. (اللنکرانی).

۴- وهو الأقوی، ودعوی تعدّد الجهه هنا لا محصّل له. (الإصطهباناتی). * وهو الأقوی، بل لا معنی له، وتعدّد الجهه لا یجدی. (البروجردی).

۵- لأنّ المشتری مغرور من قبل البائع، والمغرور یرجع علی مَن غرّه. (الفیروزآبادی).

الضمان. وقیل بالصحّه؛ لأنّه لازم بنفس العقد(۱) ، فلا مانع من ضمانه؛ لِما مرّ

من کفایه(۲) تحقّق السبب. فیکون حینئذٍ للضمان سببان: نفس العقد،

والضمان بعقده.

ویظهر الثمر فیما لو أسقط المشتری عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد، فإنّه یبقی الضمان العقدیّ، کما إذا کان لشخصٍ خیاران بسببَین فأسقط أحدهما.

وقد یُورَد علیه: بأنّه لا معنی(۳) لضمان شخصٍ عن نفسه(۴) ، والمقام من هذا القبیل.

ویمکن أن یقال: لا مانع منه(۵) مع تعدّد الجهه(۶) .

هذا کلّه إذا کان بعنوان عقد الضمان. وأمّا إذا اشترط ضمانه فلا بأس به،

۱- لا، بل بالغرور، وهو غیر متحقّقٍ حین إنشاء الضمان. (المرعشی).

۲- وقد مرّ الإشکال فیها. (المرعشی).

۳- وهو کذلک، ولا ترجع دعوی تعدّد الجهه فی المقام إلی محصّل. (النائینی،جمال الدین الگلپایگانی). * وهو کذلک، وتعدّد الجهه لا یُجدی فی المقام. (حسن القمّی).

۴- هذا الإیراد متین جدّاً. (الروحانی).

۵- لکنّه بعید، بل لا وجه له أصلًا. (الخوئی).

۶- لا یخفی وهن هذا البیان. (الفیروزآبادی). * بعد فرض کون العقد سبباً لإثبات المال فی ذمّه البائع، فإثبات ذلک بالضمانتحصیل للحاصل، ولا یفیده تعدّد الجهه، مع أنّ العقد الواقع علی مال الغیر لیسسبباً للضمان، بل السبب نفس تلف مال المشتری بتسبیب البائع؛ ولذا یقال فیضمان الغیر: إنّه ضمان لِما لا یجب. (محمّد رضا الگلپایگانی). * إذا کانت الجهات منشأ الاعتبار العقلائیّ. (السبزواری).

ويكون موكّداً(۱) لِما هو(۲) لازم العقد.

ضمان المتاع الملقى فى البحر لغرضٍ عقلائى

(مسأله ۴۲) : لـو قـال عنـد خوف غرق السـفينه: «ألقِ متاعَـك فى البحر وعَلَيَّ ضـمانُه» صـحّ(۳) ، بلاـ خلاـفٍ بينهم، بـل الظاهر الإجماع عليه، وهوالـدليل(۴) عنـدهم. وأمّـا إذا لم يكن لخـوف الغرق، بـل لمصـلحهٍ اُخرى من خِفّه السـفينه(۵) أو نحوهـا فلا يصحّ(۶)

۱- فيه نظر. (المرعشـى). * أى ظاهراً، فلا ينافى البطلان المستكشَف بظهور المبيع مستحقّاً وردّ المالك البيع،والغرض عدم تأثير الشرط فى الخلل فى البيع؛ لعدم كونه فاسداً. (اللنكرانى).

۲- هذا الشـرط إن كان بعنوان شـرط النتيجه فهو غير صـحيح، وإن كان بعنوان شـرطالفعل فهو وإن كان صحيحاً إلّا أنّه لا يكون موكّداً. (الخوئى). * مع فرض ظهور المبيع مسـتحقّاً للغير، وردّ المالك المبيع، وقلع البناء والشـجرفالحكم بصـحّه شـرط الضمان الواقع فى ضـمن العقـد وكونه موكّداً لمـا هو لاـزمه لايوافق القواعـد، إلّا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العباره. (محمّـد رضـا الگلپايگانى).

۳- لأنّه من الضمان بالاستيفاء. (الفانى).

۴- ويمكن تطبيقه على القواعـد؛ لأنّه أتلف ماله بأمر الغير، واحترام المال يقتضيالضـمان، نعم، لابدّ أن يكون الأمر بداعٍ عقلائىّ، كحفظ السفينه من الغرق، وأمّاالمجرّد خِفّه السفينه ونحوها فيمكن الخدشه فى كونه عقلائيّاً؛ ولذا لم يحكموابالصحّه، والإنصاف أنّ الموارد مختلفه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- لسرعه سيرها، أو من جهه سعه المكان على الناس. (الفيروزآبادى).

۶- وهو الصـحيح. (النـائينى). * وهو الأـقوى. (الإصـفهانى). * بـل هو الصـحيح؛ لأـنّه حكـم على خلاف القاعـده ثبت فى موردٍ خاصٍّ، سـيّما إذاكان الدليل هو الإجماع. (صدرالدين الصدر). * هذا المورد أيضاً من موارد الاستيفاء بالعِوَض. (الفانى). * وهو الأـقوى، وأمّـا الأوّل فقـد ادّعى الشـيخ إجماع الفرقه، بل إجماع الاُمّه عـدا أبيثور(المجموع: ۱۴/۲۰، ۱۹/۳۰.) عليه، ولاـ بأس به، لكنّه ليس من فروع هذا الكتاب، وغير مربوطٍ بالضمانالمذكور فيه. (الخمينى).

عندهم(۱) ، ومقتضى العمومات(۲) صحّته(۳) أيضاً(۴) .

تتمّه

قد عُلِم(۵) من تضاعيف المسائل المتقدّمه الاتّفاقيّه أو الخلافيّه: أنّ ما

ص:۹۸

۱- وهو الصحيح. (جمال الدين الگلپايگانى). * عدم الصحّه هو الصحيح. (الإصطهباناتى). * وهو الأقوى، بل الأوّل أيضاً موضوعاً وحكماً محلّ تأمّل. (البروجردى). * وهو الأقوى؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب. (البجنوردى). * وقد يدّعى السيره القطعيّه على الصحّه فى الموردين. (الروحانى). * كما هو الحقّ، بل الأوّل أيضاً محلّ تأمّل. (اللنكرانى).

۲- فيه إشكال. (المرعشى).

۳- بل السيره القطعيّه العقلائيّه قائمه على الصحّه. (الخوئى).

۴- إلّا إذا كان العمل حراماً وعلم المأمور بالحرمه فالضمان مشكل، بل لا يبعد عدمصحّته. (محمّد الشيرازى).

۵- وعلم ما هو الأقوى. (صدرالدين الصدر).

ذكروه(۱) فی أوّل الفصل من تعریف الضمان، وأنّه نقل الحقّ الثابت من ذمّهٍ

إلی اُخری، وأنّه لاـ یصحّ فی غیر الـدَین، ولا فی غیر الثابت حین الضـمان لاوجه له(۲) ، وأنّه(۳) أعمّ(۴) من ذلـک حسب ما فُصِّل(۵) .

اختلاف المضمون له والمضمون عنه

(مسأله ۱) : لو اختلف المضمون له والمضمون عنه(۶) فی أصل الضمان،

فادّعی أنّه ضـمنه ضامن وأنکره المضـمون له فالقول قوله. وکذا لو ادّعی أنّه ضـمن تمام دیونه وأنکره المضـمون له؛ لأصاله(۷) بقاء ما کان علیه.

ولو اختلفا فی إعسار الضامن حین العقد ویساره فادّعی المضـمون له إعساره(۸) فالقول قول(۹) . . . .

۱- قد عرفت أنّ ما ذکروه هو الصحیح. (الفانی).

۲- بناءً علی مبناه، وقد مرّ الکلام فی المسائل المذکوره. (الخمینی). * علی تفصیلٍ تقدّم کلّ فی محلّه. (حسن القمّی).

۳- أی بناءً علی مبناه قدّس سرّه . (اللنکرانی).

۴- وقد مرّ الإشکال فی التعمیم، وإدخال التعهّد الغیر ثابتٍ فی الضمان المصطلح.(المرعشی).

۵- قد عرفت ما فصّل وما فیها ممّا ذکرنا. (البجنوردی). * قد مرّ التفصیل. (الخوئی).

۶- مع سبق یساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع عدم العلم بالحالهالسابقه ففیه إشکال. (حسن القمّی).

۷- لو لم تکن محکومهً بأصلٍ موضوعیّ. (المرعشی).

۸- إلّا إذا کان مسبوقاً بالإعسار المجهول عند الضامن فالقول قوله فی دعوی بقائه.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۹- مع سـبق یساره، وقول المضـمون له مع سـبق إعساره، ومع الجهل بالحاله السابقهفمحلّ إشکال. (الخمینی). * فی صوره عدم تقدّم إعساره. (المرعشی). * فی خصوص ما إذا کان مسبوقاً بالیسار، ومع الجهل بالحال فیه تأمّل وإشکال.(اللنکرانی).

المضمون عنه(١) .

ص:١٠٠

١- مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ولو لم يعلم حاله السابقففيه إشكال. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع عدم العلم بالحالالسابق فمحلّ إشكال. (الإصطهباناتى). * إذا لم يكن مسبوقاً بالإعسار. (البروجردى). * إلّا إذا كان الضامن مسبوقاً بالإعسار. (عبدالهادى الشيرازى). * إذا كان مسبوقاً باليسار للاستصحاب، كما أنّه لو كان مسبوقاً بالإعسار فالقولحينئذٍ قول مدّعى الإعسار، أى المضمون له فى المفروض، ولو لم يعلم الحالهالسابقه فالأصلان متعارضان، إلّا أن يقال: لا- أثر لأصاله عدم اليسار إلّا على القولبالأصل المُثبِت. (البجنوردى). * فى إطلاقه نظر، فلو كان مُعسِراً سابقاً فالقول قول المضمون له، ولو لم يعلم حالتهالسابقه ففيه تأمّل وإشكال، نعم لو كان سابقاً موسراً فما فى المتن لا بأس به.(الشريعتمدارى). * لأصاله اللزوم فى الضمان المشروطه بيسار الضامن، مع أصاله عدم علمالمضمون له بإعساره، إلّا مع علمه بسبق إعساره. (الفانى). * هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقاً. (الخوئى). * إلّا إذا ثبت إعساره سابقاً ولو بالأصل. (السبزوارى). * مع سبق اليسار. (الروحانى).

وكـذا لو اختلفـا فى اشتراط الخيـار للمضـمون له وعـدمه فـإنّ القول قول المضـمون عنه. وكـذا لو اختلفا فى صـحّه الضـمان(١) وعدمها.

اختلاف الضامن والمضمون له

(مسأله ٢) : لـو اختلف الضـامن والمضـمون له فى أصـل الضـمان، أو فى ثبوت الـدَين وعـدمه، أو فى مقـداره، أو فى مقـدار ما ضمن، أو فى اشـتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كـان موجّلاًـ أو فى اشتراط شـىءٍ عليه زائـداً على أصـل الـدَين، فـالقول قول الضامن(٢) .

ولو اختلفـا فى اشتراط تـأجيله مع كونه حالّاً، أو زياده أجله مع كونه موجّلًا، أو وفائه، أو إبراء المضـمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييـده بكونه من مالٍ معيّنٍ والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسـخ للضامن، أو اشتراط شـىءٍ على المضـمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يسوّى أقلّ من الدَين، قُدِّمَ قول المضمون له.

اختلاف الضامن والمضمون عنه

(مسأله ٣) : لو اختلف الضامن والمضمون عنه فى الإذن(٣) وعدمه، أو

فى وفاء(۴) الضامن(۵) حتّى يجوز له الرجوع وعدمه، أو فى مقدار الدَين

١- فالمُقدَّم قول مدّعى الصحّه. (المرعشى). * القول فيه قول مدّعِى الصحّه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

٢- لموافقه قوله للاُصول العديده. (المرعشى).

٣- فى الضمان. (المرعشى).

۴- لو ادّعى الضـامن الوفـاء: فإن صـدّقه المضـمون له يلزم المضـمون عنه بالأداء، ولا يلتفتإلى إنكاره، ولو أنكراه: فإن أقام البيّنه على مـا يـدّعيه يثبت عليهمـا مطلقـاً، وإلّـا لم يكنحتّى اليمين المردوده من أحـدهما حجّهً له على الآـخر. (النـائينى، جمال الـدين الگلپايگانى). * بناءً على تسالمهما على الإذن فالقول قول مَن يدّعى عدم الوفاء. (صدرالدين الصدر).

۵- مع التسالم على الإذن. (المرعشى). * ما لم يصدِّقه المضمون له. (حسن القمّى).

الّذی ضمن وأنکر المضمون عنه الزیاده، أو فی اشتراط(۱) شیءٍ علی المضمون عنه(۲) ، أو اشتراط الخیار للضامن قُدِّم قول المضمون عنه(۳) .

ولو اختلفا فی أصل الضمان، أو فی مقدار الدَین الّذی ضمنه وأنکر الضامن الزیاده فالقول قول الضامن(۴) .

۱- أی فی ضمن عقدٍ آخر؛ لأنّه لیس طرفاً فی عقد الضمان. (اللنکرانی).
۲- لعلّ المراد اشتراطه علیه فی ضمن عقدٍ آخر، وإلّا فهو لیس طرفاً فی عقد الضمانحتّی یشترط علیه فی ضمنه. (البروجردی). * المضمون عنه لیس طرفاً فی عقد الضمان، فلا معنی لاشتراط شیءعلیه.(الشریعتمداری). * لا معنی لاشتراط شیءٍ علی المضمون عنه. (الفانی). * أی فی عقدٍ آخر. (الخمینی). * فی ضمن عقدٍ خارج. (المرعشی). * فی ضمن عقدٍ خارج؛ حیث إنّ المضمون عنه لیس طرفاً فی عقد الضمان حتّییشترط فیه شیء علیه، واحتمال کونه ملزماً بما اشترطا علیه برضاه وإذنه لا وجهله. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی ضمن عقدٍ آخر، أو نفس عقد الضمان، بناءً علی صحّه شرط شیءٍ بغیرطَرَفی العقد أیضاً، کما هو الحقّ. (السبزواری).
۳- لو ادّعی الضامن الوفاء وصدَّقه المضمون له فإنکار المضمون عنه لا أثر له معاعترافه بالإذن، ویجوز رجوع الضامن إلیه. (البجنوردی). * لتوافقه للأصل فی الفُروض. (المرعشی).
۴- فی عدم الزیاده،وأمّالواختلفافی أصل الضمان فالقول قول مُنکِره. (صدرالدین الصدر). * إن کان مُنکِراً لأصله أو زیادته، وإلّا یُقدَّم قول مَن کان مُنکِراً لهما، فالإطلاق فیکلامه لا یخلو من نظر. (المرعشی).

إنكار الضامن الضمان

(مسأله ۴) : إذا أنكر الضامن الضمان فاستُوفِيَ الحقّ منه بالبيّنه ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكِر(۱) للإذن(۲) أو الدَين(۳) ؛ لاعترافه بكونه

اُخذ منه ظلماً. نعم، لو كان(۴) مدّعياً(۵) مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمانٍ ولم يكن مُنكِراً لأصل الدَين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدَين والإذن في الضمان جاز له الرجوع(۶) عليه(۷) ؛ إذ لا منافاه بين إنكار الضمان

۱- هذا القيد لا دخاله له في الحكم. (اللنكراني).

۲- قيد كون المضمون عنه منكِراً للإذن أو الدَين غير محتاجٍ إليه؛ لأنّ الحكم فيصورتَي الاعتراف والإنكار واحد، وإرجاع القيد إلى الضامن لا مصحِّح له. (محمّدرضا الگلپايگاني).

۳- الظاهر أنّه لا فرق بين صورتَي الإنكار وعدمه. (الخوئي).

۴- لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (جمال الدين الگلپايگاني).

۵- لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (النائيني).

۶- فيه إشكال؛ إذ الإذن غير مستلزمٍ للرجوع، بل هو أعمّ، اللهمّ إلّا أن يوجّه الرجوعبالتقاصّ، وفي صدقه في المورد نظر. (المرعشي). * إذا أدّاه بقصد ما أذن له، وأمّا إذا أخذ منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعهعليه؛ لاعترافه بأنّ الدَين باقٍ بحاله، والمال مأخوذ غصباً. (محمّد رضا الگلپايگاني).

۷- مقاصّه. (عبدالهادي الشيرازي). * هذا إذا كان حين استيفاء الحقّ منه قصد أداء دَين المضمون عنه. (حسن القمّي). * مقاصّه عمّا اُخذ منه. (الروحاني). * فيه إشكال؛ فإنّ جواز الرجوع عليه يتفرّع على براءه ذمّه المضمون عنه باعتقادالضامن، والمفروض في المقام عدمه؛ لأنّ المأخوذ ظلماً لا يصلح لتحقّق البراءه، بلباقٍ على مِلك الضامن باعتقاده، ولم يتعيّن بسببه كلّيّ الدَين، فكيف يجوز مع ذلكالرجوع إلى المضمون عنه؟! وممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ذلكالمثال. (اللنكراني).

وادّعاء الإذن فی الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم(١) ، غایه الأمر أنّه یقول :

إنّ ذلک للإذن فی الأداء، والمضمون عنه یقول: إنّه للإذن فی الضمان، فهو، کما لو ادّعی علی شخص أنّه یطلب منه عشره قرانات(أی: عشره ریالات، وهی أقلّ عملهٍ إیرانیّهٍ متداولهٍ رسمیّاً حالیاً.) قرضاً والمدّعی]علیه[(اُضیفت لأجل اقتضاء السیاق.) ینکر القرض، ویقول: إنّه یطلبه من باب ثمن المبیع، فأصل الطلب معلوم ولو لم یعترف(٢) المضمون عنه بالضمان، أو الإذن فیه،

١- إذا علم بأنّ الواقع لا یخلو من أحد الأمرین، أی صدق دعوی الضامن بأنّهمأذون فی الأداء من طرف المضمون عنه، أو صدق دعوی المضمون عنه بأنّه إذنللضامن فی الضمان. (البجنوردی). * فیه إشکال؛ فإنّ الإذن فی الضمان لا یقتضی الرجوع علی الآذن، إلّا مع تحقّقالضمان والوفاء به خارجاً، والمفروض فی المقام أنّ الضامن یُنکِر الضمان، ویعترفبأنّ ما اُخذ منه إنّما اُخذ ظلماً، ومعه کیف یکون استحقاقه الرجوع معلوماً؟! نعم، لابأس بالرجوع علی المضمون عنه مقاصّهً لِما اُخذ منه قهراً بإذنٍ من الحاکمالشرعیّ. (الخوئی). * مقاصّهً، لا وفاءً بشیء. (السبزواری).

٢- لم یظهر لی مورد المسأله، وأنّ عدم الاعتراف هل فُرِضَ فی صوره ادّعاء الضامن الضمان والإذن فیه، أو فُرِضَ فی صوره ادّعائه الإذن فی الأداء، وکون المأخوذمنه ظلماً؟ فعلی الأوّل لا معنی للمقاصّه أصلًا؛ لأنّه بعد فرض الثبوت بالبیّنهیجوز له الرجوع علی المضمون عنه بعنوان الضمان. وعلی الثانی لا وجه لقیام البیّنهعلی غیر ما یدّعیه المدّعی، بل یُنکِره؛ لأنّ مدّعی الضامن إنّما یدّعی مجرّدالإذن ویُنکِر الضمان رأساً، والمفروض إنکار المضمون عنه له أیضاً، کما أنّه لا وجهلإقامه المضمون له البیّنه، علی أنّ المضمون عنه قد أذن فی الضمان، فالعبارهمشوّشه جدّاً. (اللنکرانی).

وثبت علیه ذلک بالبیّنه فکذلک(۱) یجوز له الرجوع علیه مقاصّهً(۲) عمّا اُخذ منه.

وهل یجوز للشاهدَین علی الإذن فی الضمان حینئذٍ أن یشهدا بالإذن(۳)

من غیر بیان کونه الإذن فی الضمان، أو کونه الإذن فی الأداء؟ الظاهر(۴)

ص:۱۰۵

۱- فی العباره تشویش؛ فإنّ جواز الرجوع علی المضمون عنه مقاصّهً باذنٍ منالحاکم الشرعیّ لا یرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فیه بالبیّنه، بل المناط فیه اعترافهبالدَین وبعدم الضمان. (الخوئی).
۲- فیه نظر. (المرعشی). * لم أتحقّق معنی المقاصّه فی المقام؛ لأنّه إن أذن له وأدّاه بقصد أداء دَینه فهوضامن له، ولا مورد للتقاصّ. وإن لم یأذن أو لم یقصد الضامن أداءه فلا حقّ له علیهحتّی یتحقّق موضوع التقاصّ. (محمّد رضا الگلپایگانی). * هذا إذا لم یقصد حین استیفاء الحق منه أداء دَین المضمون عنه. (حسن القمی).
۳- یعنی أن یشهدا بالإذن فی الأداء الجامع بین الفرضَین: الأداء بلا ضمان، ومعالضمان. (الشریعتمداری).
۴- بل الظاهر العدم؛ لِما اُفید من أنّه لیس الإذن مع قطع النظر عن متعلّقه موضوعاًمتحصّلاً له أحکام حتّی تترتّب علیه أحکامه بقیام البیّنه علیه بدون ذکر متعلّقه، ولیسمثل الدَین، فإنّ له فی حدّ نفسه تحصّلاً وأحکاماً، ولیس متقوّماً بأسبابه. (اللنکرانی).

ذلک(۱) ، وإن کان لا یخلو من إشکال(۲) .

وکذا فی نظائره، کما إذا ادّعی شخص علی آخر أنّه یطلب قرضاً، وبیِّنتُه

۱- بل الظاهر عدمه؛ إذ لیس الإذن مع قطع النظر عن متعلّقه موضوعاً متحصّلاً لهأحکام حتّی تترتّب علیه أحکامه بقیام البیّنه علیه بدون ذکر متعلّقه، ولیس مثلالدَین فإنّ له فی حدّ نفسه تحصّلاً وأحکاماً، ولیس متقوّماً بأسبابه. (البروجردی). * بشرط أن یکون الإذن فی الأداء التزاماً بالضمان الطُولیّ، بأن یکون إذنه فیالأداء استیفاءً منه عن المؤدّی مقدار ما أدّاه. (الفانی). * لا معنی للشهاده بالإذن المطلق بلا ذکر المتعلّق، ولا تأثیر للبیّنه فیه، وهذابخلاف الفرض الآتی؛ فإنّ الشهاده علی الدَین موثّره ولو بلا ذکر السبب.(الخمینی). * فیه نظر، والظاهر عدمه. (المرعشی). * بل الظاهر عدمه، ویظهر وجهه ممّا مرّ. (الخوئی). * ویترتّب علیها أثرها الشرعیّ، وهو صحّه التقاصّ، ولا یلزم أن یکون المشهود بهعنواناً مستقلّاً من العناوین الخاصّه ، بل المناط ثبوت الأثر الشرعیّ للشهاده. نعم،یشکل؛ من حیث إنّ المشهود به لیس تمام ما تحمّله الشاهدان؛ لأنّ المفروض أنّهالإذن فی الضمان، وفیه تفصیل لا یَسَعُه المقام، والظاهر أنّ نظره الشریف فیالإشکال إلی هذه الجهه، وقد جزم ؛ بصحّه الشهاده فی نظیر المقام فی الشهادهعلی النجاسه فی کتاب الطهاره. (السبزواری). * بل التفصیل بین ما إذا کان لکلّ طرفٍ أثر فسماع الشاهدَین، وبین ما إذا کان الأثرمختصّاً ببعض الأطراف فعدم سماعهما. (محمّد الشیرازی). * بل الظاهر عدمه، والشهاده بالدَین لیست من نظائره؛ لأنّ الدَین له فی حدّ نفسهتحقّق وأحکام، ولا یکون متقوّماً بأسبابه، بخلاف الإذن، کما لا یخفی. (الروحانی).

۲- لا إشکال فی سماع شهادتهما إذا علم أنّهما متّفقان فی أنّ الإذن فی الضمان، أوفی الأداء. (البجنوردی).

تشهد بأنّه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنّه للقرض، أو لثمن المبيع على إشكال(۱) .

لو ادّعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له

(مسأله۶) : إذا ادّعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له، وحلف(۲) ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدِّقه فی ذلك، وإن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه، وتقبل شهادته له بالأداء إذا لم يكن هناك مانع من تُهمهٍ أو غيرها ممّا يمنع من قبول الشهاده.

لو أذِن له المدين فی وفاء دينه بلا ضمان فوفی

(مسأله ۷) : لو أذِن المديون لغيره فی وفاء دَينه بلا ضمانٍ فوفّی جاز له الرجوع عليه(۳) . ولو ادّعى الوفاء وأنكر الإذن قُبِلَ قول المأذون؛ لأنّه أمين من قبله.

ولو قيِّد الأداء بالإشهاد وادّعى الإشهاد وغَيبه الشاهدَين قُبِلَ قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم، لو علم أنّه وفّاه ولكن لم يشهد

ص:۱۰۷

۱- مع العلم بكون نظر الشاهدَين إلى جهةٍ واحدهٍ لا إشكال فی سماعها بالنسبه إليتلك الجهه؛ لصدق البيّنه عليه. (آقاضياء). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (الخوئی). * الشهاده على أصل الدَين من دون ذكر السبب لا إشكال فيه ظاهراً. (محمّد رضاالگلپايگانی). * لا إشكال إذا لم تكن الخصوصيّات مغيِّرةً للحكم. (محمّد الشيرازی).

۲- وكذا إن لم يحلف ما لم يكن يصدِّقه المضمون عنه، ولم يثبت عليه شرعاً. (محمّدرضا الگلپايگانی).

۳- فی صوره عدم التقيّد بالتبرّع. (المرعشی). * إذا لم يقيّد إذنه بالوفاء المجّانی. (محمّد رضا الگلپايگانی).

يحتمل(١) جواز(٢) الرجوع(٣) عليه(۴) ؛ لأنّ الغرض من الإشهاد(۵) العلم(۶)

بحصول الوفاء(٧) ، والمفروض تحقّقه(٨) .

[تَمَّ كتاب الضمان]

*

*

*

ص:١٠٨

١- لكنّه ضعيف، وتعليله بحصول الغرض أضعف، كما لا ـ يخفى، والحمد لله ربّالعالَمين، والصلاه على نبيّه وآله الطاهرين. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * احتمالاً لا يُعَوَّل عليه بعد تقييد الإذن بالوقاء بالإشهاد، نعم، تبرأ ذمّته، ولكنليس للمؤدّى الرجوع عليه. (صدرالدين الصدر).

٢- فيه إشكال. (المرعشى). * بل هو الظاهر فيما لو كان الغرض من الإشهاد علم الآذن بحصول الوفاء من قبلالمأذون، وأمّا لو كان الغرض منه القدره على إقامه البيّنه فى مقابل الدائِن لو أنكر الوفاءفرضاً، أو كان الغرض منه كلا الأمرين فجواز الرجوع عليه فى الفرضَين بعيد. (اللنكرانى).

٣- لكنّه ضعيف. (حسن القمّى).

۴- لكنّه بعيد فى فرض التقييد، كما هو المفروض. (الخوئى). * لكنّه ضعيف. (الروحانى).

۵- أى فيما إذا لم يكن على وجه التقييد. (محمّد الشيرازى).

۶- أو احتمال دعوى الدائن عدم الوفاء ونحوه. (المرعشى). * وقد لا ـ يكون ذلك، مثل أن يخاف من الدائن دعوى عدم الضمان، أو عدم الوفاءبعد الأداء. (محمّد رضا الگلپايگانى).

٧- ليس الغرض منحصِراً بهذا، بل الظاهر أنّ الغرض هو وجود الحجّه إذا أنكر الدائن الوفاء. (البجنوردى).

٨- الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الموارد؛ إذ قد يكون لنفس الإشهاد والاشتياقموضوعيّه خاصّه. (السبزوارى).

کتاب الحواله

اشاره

ص:۱۰۹

تعريف الحواله وشرائطها العامّه

وهی عندهم: تحويل المال من ذمّهٍ إلی ذمّه، والأولی(۱) أن يقال: إنّها

إحالهُ المديونِ دائنَه إلی غيره(۲) ، أو إحالهُ المديونِ دَينَه من ذمّته إلی ذمّه

غيره(الحواله: أحَلتُهُ بِدَينِه: إذا نقلته من ذمّتک إلی غير ذمّتک. وأحال عليه بدَينه مثله. والاسم الحواله.وهی فی مصطلح الشرع: عقدٌ شُرِّعَ لتحويل المال من ذمّهٍ إلی ذمّهٍ مشغولهٍ بمثله، أو غير مشغولهعلی اختلافٍ فيه بشرط رضا الثلاثه، واقتُصِرَ علی رضا المُحِيل والمُحتال. وهی علی ما ذکرهبعض المحقّقين علی أقسامٍ أربعه؛ لأنّ المحيل والمحال عليه إمّا أن يکونا مشغولی الذمّه، وهذهی الحواله الحقيقيّه أو يکونا بريئَين وهذه وکاله فی إقراض مال. أو يکون المحال عليه مشغولاالذمّه خاصّهً وهذه وکاله فی استيفاء دَين أو المحيل خاصّهً وهی ملحقه بالأُولی إن لم يشترطشغل ذمّه المحال عليه، ومع الاشتراط فهی بالضمان أولی. مجمع البحرين: ۵/۳۶۰، (مادهحول).).

وعلی هذا فلا ينتقض طرده بالضمان؛ فإنّه وإن کان تحويلاً من الضامن للدَين من ذمّه المضمون عنه إلی ذمّته إلّا أنّه ليس فيه الإحاله المذکوره(۳) ،

۱- حيث إنّ المقصود إحاله الدائن بماله إلی غيره، والإحاله بالمال هی عين إحاله مافی ذمّته إلی ذمّه غيره، فمرجع التعبيرين واحد. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- فی دَينه. (الخمينی).

۳- المقصود أنّه ليس فی الضمان إحاله المديون؛ لأنّ المحيل فيه هو الضامن، فإنّهبنفسه يُحِيل دَين المديون إلی ذمّته، من غير فرقٍ بين کون الضمان تبرّعاً أوباستدعاء المضمون عنه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

خصوصاً إذا لم يكن بسوالٍ من المضمون عنه.

ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ(۱) ، والعقل، والاختيار(۲) ، وعدم

السَفَه فی الثلاثه(۳) من المُحِيل والمحتال والمُحال عليه، وعدم

الحَجر(۴) بالسَفَه(۵) . . . .

ص:۱۱۲

۱- الظاهر عدم اعتبار شیءٍ من ذلك فی المحال عليه، إلّاإذا كانت الحواله على البریء فإنّه تعتبر فيه الاُمور المذكوره غير الفَلَس.(الخوئی).

۲- إن لم يكن المحال عليه بريئاً فالأظهر عدم اعتبار الاختيار فيه، إلّا أن تكونالحواله بغير جنس ما فی ذمّته. (حسن القمّی).

۳- الظاهر أنّ حكم الحَجر بالسَ_فَه حكمه بالفَلَس. (الخوئی). * بناءً على اعتبار رضا المحال عليه مطلقاً، أو فی خصوص البریء. (محمّد رضاالگلپايگانی). * لا يضرّ سفاهه المحيل إذا كانت الحواله على البریء. (الروحانی).

۴- هكذا فی النسخ، والصواب: وعدم الحَجر بالفَلَس. (عبدالله الشيرازی).

۵- بالفَلَس. (الفيروزآبادی). * كأنّه سهو من قلمه الشريف، أو من النُسّاخ، والصحيح: عدم الحَجر بالفَلَس.(الإصطهباناتی). * هكذا فی النسخ، والصحيح: وعدم الحَجر بالفَلَس. (عبدالهادی الشيرازی). * تقدّم اعتبار عدم السَ_فَه فی الثلاثه، فلعلّ العباره كانت عدم الحَجر بالفَلَس وصارسهواً من قلم النُسّ_اخ. (البجنوردی). * بل بالفَلَس. (الفانی). * بل بالفَلَس، والظاهر اشتباه النسخه، وإنّما يعتبر عدم الحَجر بالفَلَس فی المحتالوكذا فی المحيل، إلّا على البریء، وأمّا فی المحال عليه فلا يعتبر وإن كان محجوراًعليه فی أمواله الموجوده قبل رفعه. (الخمينی). * فی نسخهٍ مصحّحهٍ: بالفَلَس، وهو الظاهر. (المرعشی). * هذه الكلمه من سهو القلم أو غلط النُسّاخ، وصحيحها: بالفَلَس. (الخوئی). * الصواب: بالفَلَس؛ حيث إنّ عدم السَ_فَه مرّ ذكره. (محمّد رضا الگلپايگانی). * الظاهر أنّ لفظ «السَ_فَه» سهو القلم، والصواب: الفَلَس. (حسن القمّی). * والصحيح عدم الحَجْر بالفَلَس. (الروحانی). * الظاهر اشتباه النسخ، والصواب بالفَلَس، كما أنّ الظاهر اتّحاد حكم السَفَه معه.(اللنكرانی).

فی المحتال(۱) والمحال علیه(۲) ، بل والمحیل، إلّا إذا کانت

ص:۱۱۳

۱- الصواب بدل السَـفَه «الفَلَس »، وکأنّه من سهو القلم أو غلط النُسّاخ.(الشریعتمداری). * الصحیح بالفَلَس والجنون. (السبزواری).

۲- فیما یعتبر فیه رضاه. (الکوه کَمَری). * هکذا فی النسخ، والصواب: وعدم الحَجر بالفَلَس. (البروجردی). * فی الاشتراط نظر. (المرعشی). * لا یُعلم وجهٌ لمنع حَجر المحال علیه عن الحواله علیه؛ لعدم کونه تصرّفاً فیالمال الخارجی، بل هی نقل لذمّته المشغوله بدَین المحیل إلی المحتال فصارتمشغوله بدَینه، فإن قلنا بأنّه عین الدَین السابق فالمحتال شریک للغرماء، وإن قلنابأنّ هذا دَین حادث فالمحتال لم یکن شریکاً لهم، مثل سائر الدیون الحادثه بعدالحَجر. (محمّد رضا الگلپایگانی). * لا وجه لاعتبار عدم الفَلَس بالإضافه إلی المحال علیه، والحَجر علیه فی أموالهالموجوده لا یستلزم الحَجر علیه فی الحواله. (اللنکرانی).

الحواله علی البریء(۱) ــ فإنّه لا بأس به(۲) ؛ فإنّه نظیر الاقتراض(۳)

الشرائط المعتبره فی الحواله

الأوّل: الإیجاب والقبول

منه ــ اُمور :

أحدها : الإیجاب والقبول علی ما هو المشهور(۴) بینهم؛

حیث عدّوها من العقود اللازمه، فالإیجاب من المُحیل والقبول من

المُحتال. وأمّا المُحال علیه فلیس من أرکان العقد، وإن اعتبرنا رضاه(۵) مطلقاً، أو إذا کان بریئاً؛ فإنّ مجرّد اشتراط الرضا منه لا یدلّ

۱- مع کون الحواله علی البریء فلا یعتبر عـدم الفَلَس فی المحال علیه أیضاً، وفیهذه الصوره اعتبار عدم السَـفَه فی المحیل محلّ تأمّل. (حسن القمّی).

۲- أی بـأن یکون المحیـل محجوراً بـالفَلَس. (الفیروزآبـادی). * سواء کـان المحیـل مفلَّساً أم المحال علیه. (البروجردی، محمّد رضا الگلپایگانی). * من دون فرقٍ بین أن یکون المحیل مفلَّساً، أو المحال علیه. (اللنکرانی).

۳- الاـقتراض الصـادر من المفلَّس. (الفیروزآبـادی). * معاملاـت السَـفیه کلّهـا باطله شـرعاً اقتراضاً أو غیره، ویکفی إطلاق الآیه الشریفه(وَلَا تُوْتُوا السُفَهَاءَ أمْوَالَکُم)(النساء: ۵.). (کاشف الغطاء).

۴- وهو الحقّ المحقّق. (المرعشی).

۵- والأقوی اعتبار رضا المحال علیه فی البریء وفی غیر الجنس. (عبدالله الشیرازی). * مقارناً أو متراخیاً. (المرعشی).

على كونه طرفاً وركناً للمعامله.

ويحتمل(۱) أن يقال(۲) : يعتبر(۳) قبوله(۴) . . . .

ص:۱۱۵

۱- لكنّه بعيـد جدّاً. (الإصـفهانى). * احتمالاً قريباً. (صدرالدين الصدر). * الأقرب ذلك فى الحواله على البرىء، أو الحواله بغير جنس ما على المحالعليه. (المرعشى).

۲- هـذا لاـ يخلو من قوّه فيمـا إذا كـانت الحواله على البرىء، أو بغير جنس ماعليالمحال عليه، نعم، لا يبعـد عـدم بطلان الحواله بالفصـل على النحو المتعارففيها. (البروجردى). * لكنّه فى غايه الضـعف. (حسن القمّى). * بل يقوى فى الحواله بغير الجنس، أو على البرىء. (السبزوارى).

۳- لا يبعد ذلك فيما إذا كانت الحواله على البرىء، أو بغير الجنس الّذى على المحالعليه، ولكنّ الظاهر عدم إخلال الفصل على النحو المتعارف فيها، وأمّا فى غيرهمافالأحوط اعتباره بالنحو الّذى ذكرنا. (اللنكرانى).

۴- هـذا الاحتمـال قوىّ بالنسبه إلى الحواله على البرىء. (البجنوردى). * الأقوى عـدم اعتبار رضاه إلّا إذا كان بريئاً؛ لأنّ الحواله على البرىء عبـاره عنالاستيفـاء بالضـمان الطُولىّ، فـالبرىء المحـال عليه يصـير برضـاه ضامناً لِما فى ذمّهالمحيل، وحيث إنّ هـذا الضـمان إنّما هو بإذنٍ من المضـمون عنه المسـتفاد من حوالتهفيكون ضامناً للمحال عليه بعـد أدائه ما ضـمنه وبمقداره، ومن هذا البيان ظهر أنّالعقد أبداً مركّب من إيجابٍ وقبول، نعم، ربّما تكون قضـيّه واحده فى المعاملاتالدارجه تنحلّ إلى قضيّتين، فيتوهّم أنّ هناك إيجاباً وقبولَين. (الفانى). * الأقوى اعتباره فى الحواله على البرىء، أو بغير جنس ما على المحال عليه،والأحوط اعتباره فى غيرهما أيضاً، لكن لا يبعد عدم اعتبار عدم الفصل المعتبر فيالقبول. (الخمينى). * وهو الأقوى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

أيضاً(۱) ، فيكون العقد مركّباً من الإيجاب والقبولَين(۲) . وعلى ما ذكروه

يشترط فيها ما يشترط فى العقود(۳) اللازمه، من الموالاه(۴) بين الإيجاب

والقبول ونحوها، فلا تصحّ مع غَيبه(۵) المحتال أو المحال عليه(۶) أو كليهما

بأن أوقع الحواله بالكتابه(۷) .

ولكنّ الّذى يقوى(۸) . . . .

۱- لكنّه بعيد جدّاً. (الخوئى). * وهو ضعيف. (الروحانى).

۲- أو منحلّاً إلى عقدَين. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * لا وجه له. (الكوه كَمَرى). * بل منحلّاً إلى عقدَين. (البجنوردى). * ويصحّ التحليل إلى العقدَين أيضاً. (السبزوارى).

۳- بما هى عقود، سواء كانت لازمهً أم جائزه، لا ما تقتضيه أدلّتها الخاصّه بها.(المرعشى).

۴- مع كونها عقداً لا يضرّها تأخير القبول. (عبدالله الشيرازى).

۵- فى إطلاقه إشكال. (محمّد الشيرازى).

۶- بناءً على كونه من أطراف العقد أيضاً. (الإصفهانى). * بناءً على كونه من أركان العقد. (المرعشى).

۷- بخلاف ما لو وقعت بوسيله الأدوات النقّاله للصوت؛ فإنّ الموالاه محفوظه فيهعرفاً. (صدرالدين الصدر).

۸- الأقوى كونها من العقود، وما ذكره لا وجه له. (الكوه كَمَرى). * بل الأقوى كونها عقداً، وهكذا الضمان والوكاله. (الإصطهباناتى). * ما قوّاه قدّس سرّه فى غايه الضعف، والحقّ أنّها والضمان والوكاله من العقود، وما استدلّوعلّل لإثبات دعواه فى غايه الضعف؛ إذ الحواله نقل الدَين اختياراً من ذمّهٍ إلى ذمّهٍأُخرى، وهذا المعنى نحو تصرّفٍ فى ملك الغير وفى ذمّته، فيحتاج إلى القبول، فأينهو من الوفاء؟! وهكذا الأمر فى أُختَيها، بل فيهما أظهر. (المرعشى).

عندی(۱) کونها(۲) من الإیقاع(۳) ، غایه الأمر اعتبار

ص:۱۱۷

۱- کون هذه العقود من الإیقاع مشکل شرعاً، نعم، لا ریب فی توسعه الأمر فیها بمالم یوسَّع فی غیرها من العقود، وهو أعمّ من کونها إیقاعاً. (السبزواری).

۲- لا یخفی ضعف هذه الدعوی فی الحواله وکذا فی الضمان أیضاً والوکاله وانعقادهابالکتابه ومع عدم التوالی بین الإیجاب والقبول لاـ یوجب أن تکون من الإیقاعولتوضیح الفرق بینهما وبین سائر العقود اللازمه فی ذلک مقام آخر. (جمال الدینالگلپایگانی).

۳- فیه نظر. (الفیروزآبادی). * لا یخفی ضعف هذه الدعوی فی الحواله، وکذا فی الضمان أیضاً والوکالهوانعقادها بالکتابه، ومع عدم التوالی بین الإیجاب والقبول لاـ یوجب أن تکون منالإیقاع، ولتوضیح الفرق بینها وبین سائر العقود اللازمه فی ذلک مقام آخر. (النائینی). * بل الّذی یقوی کونه عقداً بین المحیل والمحتال، وکذا الضمان والوکاله، نعم،الظاهر صدق هذه المقاله فی الجعاله. (الإصفهانی). * هذا ضعیف جدّاً، وما استدلّ به علیه أضعف منه؛ إذ الوفاء هو تأدیه الدَین إلیمالکه، والمدیون هو السلطان علیها بعد حلوله، ولیس لصاحبه الامتناع منه،والمحیل لاـ یودّی ما فی ذمّته إلی مالکه، بل ینقله إلی ذمّهٍ اُخری، وهو تصرّف فیملک الغیر وفی ذمّه الغیر بلا سلطنه منه علیهما، فلا یصحّ بدون قبولهما، فظهر بهذااحتیاج الضمان أیضاً إلی القبول. (البروجردی). * الظاهر کون الحواله والضمان والوکاله من العقود، ولا ینافیه عدم اعتبار ما ذکرهفیها. (عبدالهادی الشیرازی). * بل الأقوی کونها عقداً، وکذلک الأمر فی الضمان والوکاله، والفرق بین الإذن فیبیع الدار والوکاله فیه واضح. (البجنوردی). * وتقدّم أنّها من العقود. (عبدالله الشیرازی). * لا ملازمه بین کون الحواله من العقود وبین اعتبار جمیع ما اعتبروه فی العقوداللازمه فیها؛ لعدم التسلیم بالنسبه إلی جملهٍ منها أوّلاً، وعدم دلیل علی التعمیمثانیاً. (الفانی). * هذا فی غایه الضعف فی المقام، وکذا فی الضمان والوکاله، ولاـ إشکال فی أنّکلّها من العقود وفیها میزانها المقوّم لها، وأمّا الإذن فهو إیقاع، والفرق بینه وبینالوکاله ظاهر. (الخمینی). * بل الأقوی خلافه، کما أنّ الأمر کذلک فی الضمان والوکاله، نعم، لاـ یبعد جوازالاکتفاء فی جمیعها بالکتابه، وعدم اعتبار الموالاه بین الإیجاب والقبول. (الخوئی). * بل الأقوی أنّ حقیقه الحواله نقل من المحیل ما فی ذمّته للمحتال إلی ذمّه المحالعلیه، وبهذا الاعتبار تکون عقداً، وحصول الإیفاء والاستیفاء فی خصوص الحوالهعلی المدیون أمر خارج عن حقیقه العقد، کما فی بیع الدَین علی المدیون؛ ولذاتصحّ الحواله علی البریء. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل الظاهر کونها عقداً، وکذا الضمان والوکاله. (محمّد الشیرازی). * هذه الدعوی ضعیفه جدّاً، وکذا فی الضمان والوکاله، وانعقاد هذه العقود بالکتابه،ومع عدم التوالی بین الإیجاب والقبول وإن کان صحیحاً إلّا أنّه لا یوجب کونها منالإیقاع. (حسن القمّی). * لا قوّه فیه، بل الأقوی خلافه، وما ذکره من التعلیل علیل؛ إذ الفرق بینه وبینسائر أنواع وفاء الدَین ما أشار إلیه بقوله: «وإن کانت توجب انتقال الدَین منذمّته...» إلی آخره، فالأظهر أنّها من العقود، ومتقوّمه بالإیجاب من المحیل، والقبولمن المحتال، ولا ینافیه عدم اعتبار ما ذکره فیها. (الروحانی). * الظاهر أنّ الحواله وکذا الضمان والوکاله کلّها من العقود، أمّا الحواله فلأنّ حقیقتهالا ترجع إلی الوفاء، بل هی عباره عن نقل المحیل ما فی ذمّته للمحتال إلی المحالعلیه، فهو تصرّف فی ملک الغیر من جهه، وفی ذمّه الغیر من جههٍ اُخری، ولا یعقلتحقّقها بدون القبول. وأمّا الضمان فکذلک؛ لِما ذُکر. وأمّا الوکاله فلأنّها تغایر مجرّدالإذن؛ لأنّ حقیقتها النیابه المضافه إلیهما، ولیس لأحدهما الاستقلال فیها،والمفروض أنّه موضوع فی الشرع والعرف لآثارٍ خاصّه، وهذا بخلاف

الإذن الّذيهو مجرّد ترخيص. (اللنكرانى).

الرضا(١) من المحتال، أو منه ومن المحال عليه(٢) ، ومجرّد هذا(٣) لا يصيّره

عقداً؛ وذلك لأنّها نوع من وفاء الدَين(۴) وإن كانت توجب انتقال

١- مع ما يدلّ عليه لفظاً أو فعلاً. (صدرالدين الصدر). * مع المبرز اللفظیّ أو الفعلیّ. (المرعشی).

٢- وقد مرّ التفصيل، وأنّها من العقود؛ لصدق عنوان العقد عليه، فيشمله حكمه،ومجرّد الرضا لا يكفی إلّا إذا كان بنحو المعاطاه. (عبدالله الشيرازی).

٣- بل يصيّره؛ إذ ليس المراد به إلّا ذلک، ومنه تعرف النظر فی ما ذكره ذيلاً، سيّمابالنسبه إلی الضمان. (صدرالدين الصدر).

۴- فی كون الحواله من سنخ الوفاء محلّ إشكال؛ لقوّه احتمال كونه من باب تبديلالذِمَم، ولو لم يكن اعتياضاً، كما فی البریء، ويترتّب عليه رضا الثلاثه من المحتالوالمحال عليه والمحيل، والأصل أيضاً يقتضيه. (آقاضياء). * إفاده العقد فائده الإيقاع لا يصيّره إيقاعاً، كما أنّ إفاده عقدِ فائدهِ عقدٍ آخر بذلكالعقد وإفاده المكاتبه فائده العتق لا يصيّرها إيقاعاً. وفائده الصلح فائده الإجاره أوبيعاً لا يخرجه عن كونه صلحاً وحقيقهً اُخری. وأمّا قوله أنت مأذون ببيع داريفليست هی إيقاعاً ولا عقداً، بل هی إباحه ورخصه.وكون فائدته فائده الوكاله لا يقتضی اتّحادهما. ألا تری أنّه لو ردّ الإذن جاز لهالبيع، بخلاف الوكاله! ومن الغريب قوله قدّس سرّه : «ومجرّد هذا لا يصيّره عقداً» فإنّا لانعرف ضابطهً تمتاز بها العقود من الإيقاعات، سوی أنّ المسبّبات الشرعيّه إذاتوقّفت أسبابها علی طرفَين فهی عقود، وإذا كفی فی تحقّقها طرف واحد فهی إيقاع.وليته ــ طاب ثراه ــ ذكر لنا غير هذه الضابطه، ولو سلّمنا أنّ الحواله والضمان إيقاع ــولكنّ الإيقاعات كلّها لا تصحّ، ولا تقع إلّا باللفظ والصيغه الخاصّه، ولا يصحّ شیءمنها بالكتابه وحدها، كالطلاق والعتق ونحوهما ــ فما ذكره قدّس سرّه ممنوع صغريوكبری، وسَبكَ مجازٍ بمجاز، ولو اعتبرنا الرضا شرطاً أمكن ذلک فی جميع العقود،ولا يبقی مائز، ولا فرق بين العقد والإيقاع أصلاً، فتدبّره جيّداً. (كاشف الغطاء). * لكن نمنع كون هذا النوع إيقاعاً، كما أشار إلی الفرق بينه وبين غيره بقوله: وإنكانت توجب انتقال الدَين من ذمّته إلی ذمّه المحال عليه. (الإصطهباناتی). * لا وجه له، وإن كان فی بعض أنحاء وفاء الدَين احتياج إلی قبول الدائن، وهوفيما إذا أراد المديون أداء الدَين من غير جنس الدَين، كأداء التومان فی مقام وفاءالدينار، إلّا أنّه فی مقام الإسقاط، لا فی مقام الإثبات، بخلاف الحواله والضمانفإنّهما بحسب الظاهر فی مقام الإثبات. (عبدالله الشيرازی).

الدَين(۱) من ذمّته إلی ذمّه المحال علیه، فهذا النقل والانتقال

ص:۱۲۰

۱- التحقیق أنّ الحواله بین المحیل والمحتال عباره عن تطبیق ما فی ذمّه المحیلعلی ما فی ذمّه المحال علیه، وقبول المحتال ذلک، وبهذا یصحّ القول بأنّه نوع وفاء،ونتیجه الحواله صیروره ما فی ذمّه المحال علیه مُلکاً للمحتال من دون صدقالمعاوضه. (الفانی).

نوع من الوفاء(۱) ، وهو لا يكون عقداً(۲) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر،

كما فى الوفاء بغير الجنس فإنّه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك

إيقاع.

ومن ذلك يظهر(۳) أنّ الضمان أيضاً من الإيقاع؛ فإنّه نوع من الوفاء.

وعلى هذا فلا يعتبر فيها شىء ممّا يعتبر فى العقود اللازمه، ويتحقّقان(۴)

بالكتابه ونحوها.

بل يمكن دعوى أنّ الوكاله أيضاً كذلك(۵) ، كما أنّ الجُعاله كذلك، وإن

۱- نعم، ولكن مع سلطنةٍ فى الجمله فى الحواله، وهى الموجبه لصيرورتها عقداً.(السبزوارى).

۲- بل عقد، وليس بصرف الوفاء، بداهه أنّ الوفاء تأديه الدَين إلى مالكه، والمحيلليس بمؤدٍّ، بل له السلطه على التأديه.(المرعشى).

۳- قد تقدّم أنّه من العقود، وكذا الكلام فى الوكاله. (المرعشى).

۴- فيه إشكال، فلا يترتّب عليها ما يترتّب على العقدَين من الأحكام. (الفيروزآبادى).

۵- لكنّ الأقوى أنّها أيضاً من العقود؛ لأنّها نيابه الوكيل عن الموكّل، ولها إضافهإليهما، فليس لأحدهما الاستبداد بجعلها من دون دخاله الآخر، وليست هيكالإذن؛ فإنّه قائم بنفس الآذن فقط، وإن كان ينتزع عنه بنفسه وصف المأذونيّهللاخر.(البروجردى). * الأقوى أنّ الوكاله تارةً بالعقد، وهو الفرد الحقيقى منها، وتارةً بالإذن والإجازه،ولا يحتاج إلى قبول الطرف]الآخر[(اُضيفت لاقتضاء السياق.) وإن كان يحتاج فى العمل به كونه من قبلالمجيز، فالفرق بينهما واضح، والإذن إعطاء السلطنه، ولها آثار. (عبدالله الشيرازى). * الوكاله من العقود الإذنيّه. (الفانى). * الأقوى أنّ الوكاله أيضاً عقد، وله آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافهمخصوصه بين الوكيل والموكّل، من آثارها سلطنه الوكيل على الموكول إليه سلطنهًمخصوصهً ليست هى فى المأذون فيه، وفى الجعاله كلام موكول إلى محلّه. (محمّدرضا الگلپايگانى).

كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

ألا ترى أنّه لا فرق(۱) بين . . . .

ص:۱۲۲

۱- الفرق بين الوكاله العقديّه ومجرّد الإذن والرخصه ظاهر، وقد اعتبر في كلٍّ منهماما لم يعتبر في الآخر، وكون الثاني من الإيقاع لا يوجب أن يكون الأوّل أيضاًكذلك. (النائيني، جمال الدين الگلپايگاني). * في ترتّب آثار الوكاله من نفوذ تصرّفاته قبل بلوغ العزل على مجرّد الإذن نظروإشكال؛ وحينئذٍ لا يكون ذلك شاهد الإيقاعيّه، وإن أمكن دعوى السيره على عدماعتبار ما اعتُبِر في سائر العقود فيها، كما لا يخفى، وحينئذٍ فمن الممكن أن تكونهذه الموارد من قبيل الوصيّه شبه إيقاعٍ مشروطٍ بالقبول، ولا يكفي مجرّد الرضاالباطنيّ. (آقاضياء). * الفرق بينهما في غايه الوضوح؛ حيث إنّ الأوّل مجرّد الرخصه والإباحه ورفعالمنع، بخلاف الثاني فإنّه تفويض وإعطاء سلطنه، وهو شيء لا يتمّ إلّا بقبول الطرفالمقابل، كقبوله للملكيّه ونحوها. (الإصفهاني). * بل الفرق بينهما واضح؛ فإنّ في الوكاله جعل نيابهٍ للوكيل من طرف الموكّل،وتعويض وإعطاء سلطنته، ولها إضافه إليهما وقائمه بهما، فهي لا تتمّ إلّا بقبولالطرف الآخر، كقبوله للملكيّه ونحوها، وهذا بخلاف صرف الإذن فإنّه قائم بشخصالإذن، ولا يحتاج تحقّقه إلى قبول الآخر، بل ينتزع المأذونيّه للاخر بمجرّد صدورالإذن من الآذن. (الإصطهباناتي). * كم من فرقٍ بينهما؛ إذ الإذن صرف رخصه، بخلاف الوكاله فإنّها إعطاء سلطهٍللوكيل، فمن ثمّ يجوز عزل الوكيل نفسه عن الوكاله، بخلاف المأذون، وغيره منالفروق. (المرعشي). * الفرق ظاهر؛ فإنّ الإذن في بيع الدار مثلاً ليس إلّا ترخيصاً محضاً، وأمّا الوكالهفهي إعطاء سلطنهٍ على التصرّف، وله آثار خاصّه لا تترتّب على مجرّد الترخيص.(الخوئي). * الظاهر تحقّق الفرق عرفاً فيها، فتنزّل عليه الأدلّه الشرعيّه، فإنّ في الأخير نحوسلطنهٍ من الموكِّل على الوكيل، بخلاف الأوّل. (السبزواري). * الفرق واضح؛ إذ الإذن في البيع ترخيص محض، والوكاله جعل نيابهٍ وسلطنهٍللوكيل، ولها آثار خاصّه. (الروحاني).

أن(۱) يقول: أنت مأذون فی بیع داری، أو قال: أنت وكيل، مع أنّ الأوّل من

الإيقاع(۲) قطعاً!

الثانی: التنجيز

الثانی : التنجيز(۳) ، فلا تصحّ مع التعليق على شرطٍ أو وصف،

ص:۱۲۳

۱- الفرق: أنّ الأوّل مجرّد الإذن والرخصه، بخلاف الثانی فإنّها تفويض وإعطاءسلطنه، وهو لا يتمّ إلّا بقبول الطرف، ولها أحكام خاصّهً. (حسن القمّی).

۲- ومع قبول الآخر ولو بالتطبيق العملیّ على وفق إذنه يكون عقداً، وإن شئت قلت :التعبير مختلف، والحقيقه واحده، وهی الوكاله. (الفانی).

۳- على الأحوط. (الخمينی، اللنكرانی).

كما هو ظاهر المشهور(۱) ، لكنّ الأقوی(۲) عدم(۳) اعتباره، كما مال إليه

بعض(مجمع الفائده للمحقّق الأردبیلی: ۹/۳۰۷، وراجع مهـذّب الأحكـام للمحقّق السـبزواری :۲۰/۳۰۸ _ ۳۰۹.) متأخِّری المتأخِّرین.

الثالث: الرضا من المحیل والمحتال

الثالث : الرضا من المحیل والمحتال بلا إشكال. وما عن بعضهم(تذكره الفقهاء (ط ج): ۱۴/۴۴۲، مسالك الأفهام: ۴/۲۱۴، الحدائق الناضره: ۲۱/۴۹، حاشیهمجمع الفائده والبرهان للبهبهانی: ۴۱۹، ریاض المسائل للطباطبائی: ۸/۵۹۰.): من عدم اعتبار(۴) رضا المحیل فیما لو تبرّع المحال علیه بالوفاء، بأن قال

ص:۱۲۴

۱- وهو الصحیح، كما تقدّم. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * وهو الأقوی. (الإصفهانی، محمّد رضا الگلپایگانی). * وهو المنصور. (صدرالدین الصدر، الإصطهباناتی). * وهو الأقوی؛ للإجماع علی بطلان التعلیق فی العقود، وقد تقدّم أنّه من العقود. (البجنوردی). * للاتّفاق الّذی خُیِّلَ أنّه إجماع، وقد تقدّم مراراً أنّه أعمّ منه، وفی ما نحن فیه تریفتواهم بالاشتراط مستندةً إلی وجوهٍ مذكورهٍ فی المبسوطات. (المرعشی). * الاحتیاط برعایه ما علیه المشهور لا یُترك. (الروحانی).
۲- فیه إشكال؛ لظهور الإطلاق فی معاقد كلماتهم علی وجهٍ لا ینصرف عن المقام.(آقاضیاء). * فیه تأمّل. (الفیروزآبادی). * فیه نظر وتأمّل. (عبدالله الشیرازی).
۳- بل المشهور أقوی. (الكوه كَمَری).
۴- أی یشترط الرضا منه. (الفیروزآبادی).

للمحتال: «أحلتُ بالدَين الّذی لک علی فلان علی نفسی» وحینئذٍ فیشترط رضا المحتال والمحال علیه دون المحیل لا وجه له؛ إذ المفروض لا یکون من الحواله، بل هو من الضمان(۱) . وکذا من المحال(۲) علیه إذا کان بریئاً، أو

کانت الحواله بغیر جنس ما علیه. وأمّا إذا کانت بمثل ما علیه ففیه خلاف(۳) ،

۱- ویحتمل الصحّه، وإن لم تکن بضمانٍ فتشملها الأدلّه العامّه. (المرعشی).

۲- الأقوی اعتباره. (الفیروزآبادی).

۳- والأحوط للمدیون قبول الحواله فی هذه الصوره. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * الأقوی اعتبار رضاه. (الإصفهانی، الإصطهباناتی). * والأقوی العدم. (صدرالدین الصدر). * لولا ما یحکی عن المشهور من اعتباره لکان عدم اعتباره قویّاً جدّاً؛ لأنّ ما فیذمّته ملک للمحیل، وهو مسلّط علی ملکه یتصرّف فیه ما یشاء. (البروجردی). * الأحوط اعتبار رضاه، ولا مُحَصِّلَ لهذا التفصیل. (عبدالهادی الشیرازی). * لکنّ الأحوط اعتباره، والتفصیل الّذی ذکره لا محصّل له، وتنزیله بمنزله الوکیلیس فی محلّه. (البجنوردی). * الأقوی عدم اعتبار رضاه، ولا محصّل للتفصیل المذکور فی المتن، کما یظهربأدنی تأمّل. (الفانی). * والأحوط اعتباره، بل اعتبار قبوله، کما مرّ. (الخمینی). * والأقوی عدم اعتباره بعد کون ما علی المحال علیه مِلکاً للمحیل، فلو أحالهعلیه لمقام سلطته فقد أحاله بملکه، سواء رضی المدیون، أم لا، وسواء اُفید المحالبه، أم لا. (المرعشی). * الأقوی عدم الاعتبار، والتفصیل لا محصّل له، والتوکیل خارج عن محلّ البحث.(الخوئی). * والمشهور المنصور اشتراط رضاه. (محمّد الشیرازی). * الأقوی عدم الاعتبار من غیر تفصیل. (حسن القمّی). * الأظهر عدم الاعتبار، والتفصیل لا محصّل له. (الروحانی).

ولا یبعد التفصیل(۱) بین أن یحوّله علیه بماله علیه _ بأن یقول: «أعطِهِ من الحقّ الّذی لی علیک» فلا یعتبر رضاه؛ فإنّه بمنزله الوکیل(۲) فی وفاء دَینه،

۱- لیس قولاً قویّاً فصلاً. (الفیروزآبادی). * الأقوی اعتبار رضاه أیضاً، کما ذکرنا. (آقاضیاء). * هذا التفصیل لا محصّل له، والتوکیل لا ربط له بالحواله، وهو لیس إلّا علی نحوواحد. (الإصفهانی). * بل بعید بعد أن کانت الحواله عقداً بین المحیل والمحتال، نعم، ربّما یشترطالمحتال صریحاً أو ضمناً قبول المحوّل علیه. (صدرالدین الصدر). * لا محصّل لهذا التفصیل؛ فإنّه إذا کان للمحیل علی المحال علیه عشره دنانیروأحال زیداً علیه بعشره دنانیر فقد أحاله بما یملکه علیه فی ذمّته، سواء قیّده بکونهله فی ذمّته، أو أطلقه. (البروجردی). * لا وجه لهذا التفصیل، والوکاله غیر الحواله. (عبدالله الشیرازی). * بل لا وجه له، فإنّ الحواله علی المدیون بنحو ما علی البریء لا محصّل لها، ولاربط بین باب الحواله والوکاله. (الخمینی). * التفصیل ممنوع، والتوکیل لا ربط له بالمقام، فعدم اعتبار رضاه مطلقاً متعیّن،وسبیل الاحتیاط واضح. (السبزواری). * لا محصّل لهذا التفصیل؛ لعدم الفرق بین الحوالَتین وکونهما بنحوٍ واحد،والأحوط اعتبار رضاه، بل قبوله فی المقامَین. (اللنکرانی).

۲- عنوان الوکاله غیر عنوان الحواله، ولا وجه لهذا التفصیل. (الکوه کَمَری). * فکم من فرقٍ بین المنزَّل والمنزَّل علیه. (المرعشی). * عنوان الوکاله غیر عنوان الحواله، ومع ما ذکره من الفرق الواضح بینهما کیفیمکن الحکم بأنّهما من وادٍ واحد؟! (الروحانی).

وإن كان بنحو اشتغال ذمّته للمحتال وبراءه ذمّه المحيل بمجرّد الحواله، بخلاف ما إذا(۱) وكّله(۲) فإنّ ذمّه المحيل مشغوله إلی حین الأداء ــ وبین أن

یحوّله علیه من غیر نظرٍ إلی الحقّ الّذی له علیه علی نحو الحواله(۳) علی

البریء، فیعتبر رضاه؛ لأنّ شغل ذمّته بغیر رضاه علی خلاف القاعده.

وقد یُعلَّل باختلاف الناس فی الاقتضاء فلابدّ من رضاه، ولا یخفی ضعفه، کیف، وإلّا لزم عدم جواز بیع دَینه علی غیره مع أنّه لا إشکال فیه؟!

الرابع: کون المحال به ثابتاً فی ذمّه المحیل

الرابع : أن یکون المال المحال به ثابتاً فی ذمّه المحیل، سواء کان مستقرّاً أو متزلزلاً، فلا تصحّ فی غیر الثابت، سواء وجد سببه کمال الجعاله قبل العمل، ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق أم لم یوجد سببه أیضاً، کالحواله بما یستقرضه، هذا ما هو المشهور(۴) .

ص:۱۲۷

۱- مع هذا الفرق الظاهر بینهما کیف یکونان من وادٍ واحد؟! (النائینی، جمال الدینالگلپایگانی).

۲- مع هذا الفرق الواضح بینهما کیف یکونان من وادٍ واحد؟! (الإصطهباناتی).

۳- الظاهر أنّ نحو الحواله علی المدیون والبریء نحو واحد؛ ولذا یعتبر قبولالمدیون، کما مرّ، وقد مرّ أیضاً أنّ حصول الإیفاء والاستیفاء فی المدیون خارجعن الحواله. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- وهو الصحیح، کما تقدّم. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * وهو المنصور. (الإصفهانی). * وهو المنصور، وربّما تکون الحواله بما یستقرضه من الحواله علی البریء.(صدرالدین الصدر). * هذا هو الأقوی، کما مرّ. (الإصطهباناتی). * وهو الأقوی، فلا تصحّ فی ما ذکره من الفرعین. (البروجردی). * وهو الأقوی. (عبدالهادی الشیرازی). * وهو الأظهر. (عبدالله الشیرازی). * وهو الصحیح الموافق لحقیقه الحواله. (الفانی). * وهو المنصور، بل الأقوی عدم الصحّه فی الفرع اللاحق. (الخمینی). * وهو المنصور؛ إذ النقل بالفعل یقتضی وجود المنقول بالفعل، والنقل بالنسبه إلیما یوجد تعلیقی. (المرعشی). * وهو الأقوی، کما مرّ فی الضمان. (محمّد رضا الگلپایگانی). * قد مرّ فی باب الضمان أنّه الأحوط، بل الأقوی. (اللنکرانی).

لکن لا یبعد(۱) کفایه حصول . . . .

۱- قد تقدّم الإشکال فی کفایه ذلک فی باب الضمان الجاری وجهه فی المقام أیضاً،فالمشهور هو المنصور. (آقا ضیاء). * بل بعید، والأقوی ما علیه المشهور. (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال، بل منع، وکذا فی ما بعده(وفی نسخهٍ اُخری منه قدّس سرّه : فیه إشکال والاحتیاط لا یُترک فیه وفی ما بعده.). (الخوئی). * مع إقدام العرف والعقلاء علیه؛ حتّی لا یکون شمول العمومات له من التمسّکبالعامّ فی الشبهه المصداقیّه، ثمّ إنّه لو لم تصدق الحواله وشملته العمومات یصحّ بناءًعلی مبناه قدّس سرّه . (السبزواری). * فیه إشکال. (حسن القمّی).

السبب(۱) ، كما ذكرنا فى الضمان(۲) ، بل لا يبعد(۳) الصحّه(۴) فيما(۵) إذا

قال: «أقرِضنى كذا وخُذ عِوَضه(۶) من زيد» فرضى ورضى زيد أيضاً؛

لصدق الحواله(۷) ، . . . .

ص:۱۲۹

۱- تقدّم فى فصل الضمان عدم كفايه وجود السبب فى ضمان المسبّب، وفى ما نحنفيه أيضاً كذلك، فالأقوى ما ذهب إليه المشهور من لزوم كون المال ثابتاً فى ذمّهالمحيل فى صحّه الحواله. (البجنوردى).

۲- وقد ذكرنا أنّه بعيد. (الكوه كَمَرى). * وقد مرّ أنّ الأقوى اشتراط الثبوت فيه أيضاً، فما لا ثبوت للمضمون فيه ليسبضمانٍ مصطلح وإن كان صحيحاً. (المرعشى).

۳- لو أمره زيد بالإقراض وتعهّد به لا يبعد صحّه هذا التعهّد، ويكون أمره بالإقراضاستيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهّم الضمان، ولا الحواله. (جمال الدينالگلپايگانى).

۴- وهذا بعيد. (الكوه كَمَرى). * والأقوى فيه عدم الصحّه. (اللنكرانى).

۵- لو أمره زيد بالإقراض وتعهّد به لا يبعد صحّه هذا التعهّد، ويكون أمره بالإقراضاستيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهّم الضمان، ولا الحواله. (النائينى).

۶- يشبه أن يكون من قبيل ما يقال: يلزم من وجوده عدمه. (كاشف الغطاء).

۷- صدق الحواله ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل فى عنوانٍ آخر. (الإصفهانى). * صدقها فى محلّ المنع. (الإصطهباناتى). * صدق الحواله بالمعنى المصطلح عليه ممنوع. (البجنوردى). * صدق الحواله ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل فى عنوانٍ آخر. (عبدالله الشيرازى). * فيه نظر؛ إذ لا يُستفاد منه على فرض الصحّه النقل إلى الذمّه الّذى هو المعيار فيباب الحواله. (المرعشى). * بل الظاهر عدم الصدق، كما أنّ الأقوى عدم الصحّه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمّى).

وشمول(۱) العمومات(۲) ، فتفرغ ذمّه المحيل، وتشتغل ذمّه المحال بعد العمل

وبعد الاقتراض.

الخامس: كون المحال به معلوماً جنساً وقدراً لهما

الخامس : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدراً للمحيل والمحتال، فلا تصحّ الحواله بالمجهول على المشهور(۳) ؛ للغَرر. ويمكن

أن يقال بصحّته(۴) . . . .

ص:۱۳۰

۱- فيه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

۲- شمول عمومات الحواله مشكل، والعمومات من قبيل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(المائده: ۱.) لا تُثبِتالأحكام الخاصّه. (الفيروزآبادی). * العامّه. (المرعشی).

۳- وهو الصحيح، حَذوَ ما مرّ في الضمان. (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی). * وهو المنصور. (عبدالهادی الشيرازی). * وهو الجدير بالقبول إن سُلِّمَ عدم اختصاص الغَرر بالبيع. (المرعشی).

۴- في صحّه ما أفاده من هذه الفروع إشكال؛ لعموم نفي الضرر لولا دعوى ضعفسنده، وعدم جبره بالعمل؛ ولذا اشتهر بينهم عدم إضراره في عقد الصلح، بلا نظرٍمنهم إلى دليلٍ مخصِّص. (آقاضياء). * في فرض العلم بأصل الدَين، والجهل بمقداره. (المرعشی). * إذا كان أصل الدَين معلوماً وكان الجهل بالمقدار، وإلّا فمشكل، كما مرّ فيالضمان. (محمّد رضا الگلپايگانی).

إذا كان(۱) آئِلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً فی دفتره علی حدّ ما مرّ

فی الضمان من صحّته مع الجهل بالدَین، بل لا یبعد(۲) الجواز(۳) مع عدم

أوْلِه(أی لا ـ یؤول، ولا ـ یُفضی، ولا ـ یرجع إلی العلم.) إلی العلم بعد إمکان الأخذ بالقدر المتیقّن، بل وکذا(۴) لوقال :کلّ ماشهدت به البیّنه وثبت خُذْهُ من فلان، نعم، لو کان مُبهَماً، کما إذا قال : «أحد الدَینَین اللذَین لک عَلَیَّ خُذْ من فلان» بطل، وکذا لو قال: خُذْ شیئاً

من دَینک من فلان.

هذا، ولو أحال(۵) الدَینَین(۶) علی نحو الواجب التخییریّ(۷)

ص:۱۳۱

۱- مشکل جدّاً هو وما یتلوه من الفرعَین. (عبدالله الشیرازی).

۲- بل بعید فیه وفی ما بعده. (صدرالدین الصدر).

۳- لا یخفی ما فیه إلی آخر المسأله. (الفیروزآبادی). * هو بعید. (الکوه کَمَری). * بل لا یصحّ. (الفانی).

۴- فیه نظر. (المرعشی).

۵- لم یظهر فرق فارق بین هذا وسابقه الّذی صرّح ببطلانه. (النائینی).

۶- لم یظهر فرق فارق بین هذا وسابقه الّذی صرّح ببطلانه. (جمال الدین الگلپایگانی).

۷- محل تأمّل، بل منع؛ لعدم ظهور فرقٍ بینه وبین ما تقدّمه الّذی حکم ببطلانه.(الإصطهباناتی). * فیه تأمّل وإشکال، ولم یعلم الفرق بینها وبین الصوره الّتی صرّح ببطلانها.(الشریعتمداری). * بأن تکون الحواله متعلّقةً بالدَینَین کلیهما، ولکن بحیث سقط الکلّ بإیفاءأحدهما، وهذا بخلاف الحواله المتعلّقه بهما مردّده؛ إذ لا ـ واقع للمردّد بما هو مردّد،وهذا هو الفارق بین الفرض الأخیر وبین ما قبله. (المرعشی).

أمكن(۱) الحکم(۲) بصحّته(۳) ؛ لعدم الإبهام(۴) . . . . .

۱- فيه إشكال، والظاهر عدم صحّه مثل تلك الحواله وبطلانها. (البجنوردی). * لم يعلم الفرق بينه وبين الفرض السابق الّذی صرّح فيه بالبطلان، إلّا إذافرض تساوی الدَينَين هنا من جميع الجهات دون ذلك الفرض، أو كانالغرض هناك ما كان معيّناً فی قصده وإن لم يذكر. ودعوی كون هذه الصورهأولی بالصحّه ممنوعه. (اللنكرانی).

۲- فيه تأمّل. (الإصفهانی). * محلّ تأمّل. (الخمينی).

۳- وهو فی غايه البُعد. (الكوه كَمَری). * فيه تأمّل. (البروجردی، حسن القمّی). * فيه إشكال. (عبدالهادی الشيرازی). * لا يصحّ ذلك؛ لأنّه إبهام لا محاله. (الفانی). * هذا أيضاً كالسابق فی البطلان، بل لم يعلم الفرق بين الفرعَين وإن كان المقصودفی الفرع الأوّل ما إذا كان معيّناً فی قصده مع عدم ذكره حين الحواله، بل يخبر بهحين الأخذ؛ فهو أولی بالصحّه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۴- بل هو عين الإبهام حقيقةً؛ فإنّه من قبيل النكره، وهی أشدّ المبهمات؛ ولذا لميجوّزوا بيع عبدٍ من عبدَين؛ للجَهاله والغَرر. (كاشف الغطاء). * فيه تأمّل. (عبدالله الشيرازی). * هذا إنّما يتمّ فيما إذا تساوی الدَينان كمّاً وكيفاً، وإلّا فهو عين الفرض الّذی حكمفيه بالبطلان. (الخوئی).

فیه حینئذٍ(۱) .

السادس: تساوی المالین المحال به والمحال علیه

السادس : تساوی المالَین(۲) ، أی المحال به والمحال علیه جنساً ونوعاً

ووصفاً علی ما ذکره جماعه(تذکره الفقهاء: ۱۴/ ۶۴۵، الحدائق الناضره: ۲۱/۵۴، الشرح الکبیر لأبوالبرکات: ۳/۳۲۷.)(۳) خلافاً لآخرین، وهذا العنوان وإن کان عامّاً

إلّا أنّ مرادهم بقرینه التعلیل بقولهم: «تفصّیاً من التسلّط علی المحال علیه بما لم تشتغل ذمّته به» ـ إذ لا یجب علیه أن یدفع إلّا مثل ما علیه ـ فیما کانت الحواله(۴) علی مشغول الذمّه(۵) بغیر ما هو مشغول الذمّه به، کأن یُحِیل مَن له علیه دراهم علی مَن له علیه دنانیر بأن یدفع بدل الدنانیر دراهم،

ص:۱۳۳

۱- مع اتّحادهما کمّاً وکیفاً. (السبزواری).

۲- یُغنی اشتراط رضا المحال علیه فی صوره اختلاف المالَین عن هذا الشرط.(الفانی). * واعتبار هذا الشرط واضح بعد اشتراط ثبوت المحال به فی ذمّه المحیل ولو لمیقم علیه دلیل آخر. (المرعشی).

۳- هذا الشرط وإن اعتبره غیر واحدٍ ممّن یری جواز الحواله علی البریء لکن لایبعد أن یکون منشأ اشتراطه هو القول بعدم جوازها، وکیف کان فعدم اعتبار هذاالشرط ظاهر. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۴- هی بمنزله الخبر لکلمه «أن». (المرعشی).

۵- مع عدم رضا المحال علیه. (الفیروزآبادی).

فلا يشمل(۱) ما إذا أحال مَن له عليه الدراهم على البرىء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمّه(۲) بالدنانير بأن يدفع الدراهم، ولعلّه لأنّه(۳) وفاء بغيرالجنس(۴) برضا الدائن.

فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على مَن عليه جنس بغير ذلك الجنس. والوجه فى عدم الصحّه: ما اُشير إليه من أنّه لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه، وأيضاً الحكم على خلاف القاعده، ولا إطلاق فى نصوص الباب، ولا سيره كاشفه، والعمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه.

ووجه الصحّه: أنّ غايه ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس(۵) ، ولا بأس به(۶) ، . . . .

۱- التعليل بعدم التسلّط على المحال عليه وإن لم يشمل المثالَين مع فرض رضاهلكنّ الحواله حيث كانت نقل ما فى ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه فبإحاله مَن لهعليه الدراهم على البرىء بالدنانير لا تتحقّق الحواله، ولا تصحّ ولو مع رضاه، بليشبه المعاوضه بتبديل الدراهم بالدنانير، نعم، إذا أحال مَن له عليه الدنانير بالدراهم على مَنله عليه الدراهم تتحقّق الحواله، لكن لعدم تسلّطه عليغير ما فى ذمّتهيشترط رضا المحال عليه ــ كما فى الحواله ــ على البرىء، ومعه فلا مانع منصحّتها. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- عطف على قوله:على من له عليه دنانير، ومع ذلك العباره مختلّه النظام. (الفيروزآبادى).

۳- أى الجواز فيما كان على البرىء. (الفيروزآبادى).

۴- فيه نظر. (المرعشى).

۵- فيه نظر. (المرعشى).

۶- بعدما رضى به المحال عليه، كما هو المفروض. (الإصفهانى، البروجردى، حسنالقمّى). * مع رضا المحال عليه. (الإصطهباناتى، السبزوارى، الروحانى). * إذا رضى المحال عليه لا مطلقاً. (الفانى). * بعد رضا الطرفَين، ولكنّ الأحوط قلب ما على المحال عليه بناقلٍ شرعيٍّبالجنس، ثمّ الحواله. (الخمينى). * لا يخلو من بأس، فالأحوط المبادله أوّلاً برضا المحال عليه، ثمّ الحواله.(المرعشى). * غايه الأمر أنّه يعتبر حينئذٍ رضا المحال عليه. (الخوئى). * غايه الأمر أنّه قد مرّ اعتبار رضا المحال عليه حينئذٍ. (اللنكرانى).

وهذا هو الأقوى(۱) .

ثمّ لا يخفى أنّ الإشكال إنّما هو فيما إذا قال: «أعطِ ممّا لی عَلیکَ

من الدنانیر دراهم» بأن أحال علیه بالدراهم من الدنانیر الّتی علیه. وأمّا

إذا أحال علیه بالدراهم من غیر نظرٍ إلی ما علیه من الدنانیر

فلا ینبغی الإشکال فیه؛ إذ هو نظیر إحاله مَن له الدراهم علی البریء

بأن یدفع الدنانیر. وحینئذٍ فتفرغ ذمّه المحیل من الدراهم وتشتغل(۲) ذمّه

ص:۱۳۵

۱- بعد الفراغ عن رضا المحال علیه أیضاً بذلک. (آقاضیاء). * إن رضی المحال علیه، وإلّا ففیه تأمّل. (صدرالدین الصدر). * مع رضا المحال علیه، کما مرّ فی الأمر الثالث. (عبدالهادی الشیرازی). * فیما إذا رضی المحال علیه بأن یؤدّی دَینه من غیر جنس ما علیه، ولعلّه ظاهرالفرض هو هذا. (البجنوردی). * بعد ما رضی به المحال علیه، کما هو المفروض. (عبدالله الشیرازی).

۲- أی بمجرّد الحواله وإن لم یتحقّق الأداء من المحال علیه، وسیأتی البحث عن ذلکفی المسأله العاشره، وأنّ الأقوی خلاف ذلک. (اللنکرانی).

المحال علیه(۱) بها، وتبقی ذمّه المحال علیه(۲) مشغولهً بالدنانیر، وتشتغل

ذمّه المحیل له بالدراهم(۳) ، فیتحاسبان(۴) بعد ذلک.

ولعلّ الخلاف أیضاً مختصّ بالصوره الاُولی، لا ما یشمل(۵) هذه الصوره

أیضاً؛ وعلی هـذا فیختصّ الخلاف بصورهٍ واحـده، وهی: ما إذا کانت الحواله علی مشـغول الذمّه بأن یدفع من طرف ما علیه من الحقّ بغیر جنسه، کأن یدفع من الدنانیر الّتی علیه دراهم.

حکم الحواله بالمنفعه والعمل

(مسأله ۱) : لا ـ فرق فی المـال المحـال به أن یکون عینـاً فی الـذمّه، أو منفعهً أو عملاً ـ لا یعتبر فیه المباشـره، ولو مثل(۶) الصلاه والصوم والحجّ

والزیاره والقراءه، سواء کانت علی بری‌ء(۷) ، أم علی مشغول الذمّه بمثلها.

وأیضـاً لا ـ فرق بین أن یکون مِثلیّاً کالطعام، أو قیمیّاً کالعبـد والثوب. والقول بعـدم الصـحّه فی القِیمیّ للجهاله ضـعیف، والجهاله مرتفعه(۸) بالوصف الرافع لها.

۱- أی للمحتال بالدراهم. (الفیروزآبادی).

۲- أی تبقی ذمّه المحال علیه مشغولهً بالدنانیر الّتی کانت علیه من قبل الحواله.(الفیروزآبادی).

۳- أی للمحال علیه. (الفیروزآبادی).

۴- فیه إشکال. (المرعشی).

۵- بل ویشمل هذه الصوره أیضاً. (صدرالدین الصدر).

۶- جریان الحواله فی الاُمور المذکوره محلّ تأمّل. (صدرالدین الصدر).

۷- علی إشکال، والاتّفاق المدّعی علی فرض الثبوت لیس بإجماع. (المرعشی).

۸- بل غیر مضرّهٍ علی تقدیره، کما تقدّم. (المرعشی).

براءه ذمّه المحیل بمجرّد تحقّق الحواله

(مسأله ۲) : إذا تحقّقت الحواله برئت ذمّه المحیل وإن لم یُبرِئه المحتال، والقول بالتوقّف علی إبرائه ضعیف. والخبر الدالّ(۱) علی تقیید عدم الرجوع

علی المحیل بالإبراء من المحتال المراد منه القبول(۲) ، لا اعتبارها بعده أیضاً.

وتشتغل ذمّه المحال علیه للمحتال، فینتقل الدَین(۳) إلی ذمّته، وتبرأ ذمّه

المحال علیه للمحیل إن کانت الحواله بالمثل بقدر المال المحال به. وتشتغل ذمّه المحیل(۴) للمحال علیه إن کانت علی بریء، أو کانت بغیر المثل،

ویتحاسبان(۵) بعد ذلک.

عدم وجوب قبول الحواله

(مسأله ۳) : لا یجب علی المحتال قبول الحواله وإن کانت علی مَلِیء(۶) .

لزوم الحواله ما لم تکن علی معسر

(مسأله ۴) : الحواله لازمه، فلا یجوز فسخها بالنسبه إلی کلٍّ من الثلاثه. نعم، لو کانت علی معسرٍ مع جهل المحتال بإعساره یجوز له الفسخ والرجوع

۱- الإنصاف أنّه مجمل. (الفانی).

۲- أو غیره من الوجوه والمحامل؛ لمکان تعارض الروایات الاُخَر، الدالّه علی عدماعتبار الإبراء. (المرعشی).

۳- قلنا بأنّ الحواله تطبیق لِما فی ذمّه المحیل علی ما فی ذمّه المحال علیه فی عالمالوفاء بالدَین. (الفانی).

۴- اشتغال ذمّه المحیل فی الحواله علی البریء بمجرّد الحواله محلّ منع، والمحقّقاشتغال ذمّته بعد أداء المحال علیه، کما فی الضمان، وقد مرّ أنّه مطابق للقواعد، وأمّاالحواله علی المشغول بغیر الجنس فقد مرّ منه قدّس سرّه أنّه وفاء بغیر الجنس، فلا وجهلاشتغال ذمّته له. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- قد مرّ الإشکال فی التحاسب. (المرعشی).

۶- أی غَنِیّ. (الفیروزآبادی).

على المحيل.

والمراد من الإعسار: أن لا يكون له ما يوفّى دَينه زائداً على مستثنيات الدَين، وهو المراد من الفقر فى كلام بعضهم. ولا يعتبر فيه كونه محجوراً. والمناط الإعسار واليسار حال الحواله وتماميّتها. ولا يعتبر الفور فى جواز الفسخ(۱) .

ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط(۲) الخيار؛ للانصراف على

إشكال(۳) ، وكذا مع وجود المتبرّع.

الحواله على البرىء

(مسأله۵) : الأقوى جواز(۴) الحواله على البرىء، ولا يكون

۱- فيه إشكال؛ للإطلاقات المانعه عن الرجوع إلى الاستصحاب. (آقاضياء).

۲- الأشبه عدم السقوط. (الخمينى). * والأقرب عدم السقوط. (اللنكرانى).

۳- أقواه عدم السقوط. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى، حسن القمّى). * مجرّد وجود المتبرّع أو إمكان القرض لا يوجب سقوط الخيار. (صدرالدينالصدر). * لا وجه لدعوى الانصراف، والأظهر عدم السقوط. (البجنوردى). * مَنشَؤُه إطلاق الأخبار، وعدم وجهٍ للانصراف، وإن كان فهو بَدوىّ، فالأقوى عدمالسقوط. (الفانى). * الأقوى عدم السقوط؛ إذ صرف إمكان الاقتراض ووجود المتبرّع لا يوجبه.(المرعشى). * أظهره عدم السقوط. (الخوئى). * بل الأقوى عدم سقوط الخيار، والانصراف ممنوع. (محمّد رضا الگلپايگانى). * هذا الإشكال ضعيف. (محمّد الشيرازى). * الأوجه عدم السقوط، وكذا مع وجود المتبرّع. (الروحانى).

۴- فيه إشكال. (المرعشى).

داخلاً فی الضمان.

اشتراط خیار الفسخ

(مسأله ۶) : یجوز اشتراط خیار الفسخ لکلٍّ من الثلاثه.

جواز الدور والترامی فی الحواله

(مسأله ۷) : یجوز الـدَور فی الحواله. وکـذا یجوز الترامی بتعـدّد المُحال علیه واتّحاد المحتال، أو بتعـدّد المحتال واتّحاد المحال علیه.

جواز التبرّع عن الغیر

(مسأله ۸) : لو تبرّع أجنبیّ عن المحال علیه برئت ذمّته. وکذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال. وکذا لو تبرّع المحیل عنه.

لو ادّعی المحیل علی المحال علیه مالاً فأنکره

(مسأله ۹) : لو أحـال فقبـل وأدّی ثمّ طـالب المحیـل بما أدّاه، فادّعی أنّه کان له علیه مال وأنکر المحال علیه فالقول قوله(۱) مع عدم البیّنه، فیحلف

علی براءته، ویطالب عوض ما أدّاه؛ لأصاله البراءه(۲) من شغل ذمّته للمحیل.

ودعوی أنّ الأصل أیضاً عدم اشتغال ذمّه المحیل بهذا الأداء مدفوعه(۳) ،

بـأنّ الشـکّ فی حصول اشـتغال ذمّته وعـدمه مسـبّب عن الشـکّ فی اشـتغال ذمّه المحال علیه وعـدمه، وبعـد جریان أصاله براءه ذمّته(۴) یرتفع الشکّ.

هذا علی المختار(۵) من صحّه الحواله علی البریء، وأمّا علی القول بعدم

۱- هـذا لو لم یکن المتعـارف ــ ولو فی نوعه ــ اشـتغال ذمّه المحـال علیه، وإلّـا فیُقَـدَّمقول المحـال علیه؛ لکونه موافقـاً للظاهر. (الشریعتمداری).

۲- وقد یجری الاستصحاب أیضاً. (السبزواری).

۳- بل بأنّ المحیل والمحال علیه طَرَفانِ فی هـذه الـدعوی، ولا ربط لها بالمحتال.(صدرالـدین الصدر). * فی هذا الدفع إشـکال. (الخمینی).

۴- الصحیح التمسّک فی المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمّته؛ فإنّه یُحرِز الموضوعدون أصاله البراءه. (الخوئی).

٥- قد مرّ الإشكال فيها. (المرعشى).

صحّتها فيُقَدَّم قول المحيل(۱) ؛ لأنّ مرجع الخلاف إلى صحّه الحواله وعدمها،

ومع اعتراف المحال عليه بالحواله يُقَدَّم قول مدّعی الصحّه(۲) وهو المحيل.

ودعوى أنّ تقديم قول مدّعی الصحّه إنّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، وهما فی الحواله المحيل والمحتال، وأمّا المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه فی صحّتها مدفوعه :

أوّلاً: بمنع عدم كونه طرفاً؛ فإنّ الحواله مركّبه من إيجاب وقبولَين(۳) .

ص:۱۴۰

۱- فيه تأمّل، والتعليل عليل، لصحّه المعاهده، وإن كانت بالإذن فی وفاء الدَين، كمايأتی. (الفيروزآبادی). * بناءً على اقتضاء أصاله الصحّه؛ لاشتغال ذمّه المحيل. (الكوه كَمَری). * محلّ تأمّل وإشكال. (البروجردی). * مشكل. (حسن القمّی).

۲- تقديم قوله من جهه موافقه قوله لإصاله الصحّه مخالف للقول بعدم الصحّه،ومقتضی استصحاب عدم اشتغال ذمّه المحال عليه عدم المال عنده للمحيل،ومقتضی قاعده الغَرور الرجوع إليه، وكذا مقتضی قاعده «ما يُضمَن بصحيحه يُضمَنبفاسده»(المبسوط: ۴/۳۱۰. نضد القواعد الفقهيّه للمقداد السيوری: ۳۵۷.). (عبدالله الشيرازی). * إثبات الدَين بإجراء أصاله صحّه الحواله محلّ تأمّل. (محمّد رضا الگلپايگانی). * فيه إشكال؛ لأنّ المعيار فی المرافعات مَصَبّ الدعوی، لا ما يَؤُول إليه النزاع.(محمّد الشيرازی).

۳- قد مرّ منع ذلك. (الإصفهانی، حسن القمّی). * الحواله على غير البریء إيجاب من المحيل، وقبول من المحتال، وعلى البریءضمان من البریء (المحال عليه)، وقبول لذلك من المضمون له (المحتال)، والحوالهحينئذٍ استيفاء بالعوض من المضمون عنه (المحيل). (الفانی). * مرّ أنّها ليست كذلك. (الخوئی). * تقدّم ما فی ذلك. (الروحانی).

وثانیاً: یکفی اعتبار رضاه فی الصحّه فی جعل اعترافه بتحقّق المعامله حجّهً علیه بالحمل علی الصحّه. نعم، لو لم یعترف بالحواله، بـل ادّعی أنّه أذِن له فی أداء دَینه یُقَـدَّم قوله؛ لأصاله البراءه من شـغل ذمّته، فبإذنه فی أداء دَینه له مطالبه عوضه، ولم تتحقّق هنا حواله بالنسبه إلیه حتّی تُحمَل علی الصحّه، وإن تحقّق بالنسبه إلی المحیل والمحتال لاعترافهما بها.

اشتغال ذمّه المحیل للبریء عند الحواله أو الأداء

(مسأله ١٠) : قد یُستفاد من عنوان المسأله السابقه ــ حیث قالوا: «أحال علیه فقبل وأدّی»، فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا کان النزاع بعد الأداء ــ أنّ حال الحواله حال الضـمان(١) فی عـدم جواز مطالبه العوض، إلّا بعـد الأداء(٢) فقبله، وإن حصل الوفاء بالنسـبه إلی المحیل لکنّ ذمّه المحیل لا تشتغل(٣)

ص:١۴١

١- وهو الأظهر؛ فإنّ الحواله علی البریء إنّما توجب الضـمان من جهه استیفاء مالالمحال علیه بأمره، ومن المعلوم أنّ قضیّه ذلک هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره،وبه یظهر أنّ حالها حال الضمان فی بقیّه الاُمور المذکوره فی المتن. (الروحانی).

٢- وهو الأقوی، وقد مرّ أنّه موافق للقاعده فی الضمان والحواله علی البریء، ومرّبیانه، فراجع. (محمّد رضا الگلپایگانی).

٣- هـذا هو الحقّ؛ لأنّ الحواله علی البریء استیفاء بالعوض من المحیل، وضـمان منالمحال علیه، فـدعوی أنّ مجرّد الحواله علیه تستلزم اشتغال ذمّه المحیل للمحالعلیه مصادره محضه. (الفانی).

للمحال علیه البریء إلّا بعد الأداء. والأقوی(۱) حصول(۲) الشغل(۳) بالنسبه

إلی المحیل(۴) بمجرّد قبول المحال علیه(۵) ؛ إذ کما یحصل به الوفاء بالنسبه

۱- بـل الأقوی عـدم اشـتغال ذمّه المحیل للمحال علیه إلّا بعـد الأداء، وبمقـداره، حَـذوَما مرّ فی الضـمان. (النائینی، جمال الـدین الگلپایگـانی). * بـل الأـقوی عـدم حصوله إلّـا بالأـداء، وحالها حال الضـمان فیه، وفی سائر ما ذکرفی المسأله مثل الإبراء والوفاء بالأقلّ. (الخمینی). * بل الأقوی العدم، والظاهر أنّها کالضـمان فی کلّ ما أشار إلیه قدّس سرّه ، وقد یُحتَملالفرق بین اشتغال ذمّه المحـال علیه للمحیـل والمضـمون عنه للضـامن، بخلاـف براءهـذمّتهما فإنّها تحصل بمجرّد قبول المحال علیه والضامن، ولکنّه لا یخلو من إشـکال،وقد تقدّم الکلام فی الإجماع المدّعی وخبر الصـلح. (المرعشی). * بل الأقوی توقّف تحقّق الشغل علی الأداء، کمـا قـد عرفت فی الضـمان، ومرّ هناکـأنّ قیـام الإجماع والخبر علی خلاف ما تقتضـیه القاعـده من تأخّر الاشـتغال ممنوع؛وعلیه فحالها حاله فی جمیع الجهات المذکوره فی المتن وغیرها. (اللنکرانی).

۲- قد تقدّم ما فیه فی نظیره فی باب الضمان. (آقاضیاء).

۳- بل الأقوی عـدمه، إلّا بعـد الأداء بمقداره، کما مرّ فی الضـمان. (الإصـطهباناتی). * فیه تأمّل. (السبزواری). * بل الأقوی عدم اشتغال ذمّه المحیل إلّا بعد الأداء بمقدار الأداء، کما مرّ فیالضمان، والحکم فیهما علی وفق القاعده. (حسن القمّی).

۴- بل الأقوی أنّ ذمّه المحیل لا تشتغل للمحال علیه إلّا بعد الأداء؛ إذ به یتحقّقاستیفاوه لماله بأمره؛ وعلیه یترتّب أنّ حال الحواله حال الضمان فی بقیّه الجهاتالمذکوره فی المتن. (الخوئی).

۵- فیه تأمّل وإشـکال. (الإصـفهانی). * تقـدّم فی الضـمان أنّه لا تشـتغل ذمّه المضـمون عنه إلّا بعـد الأداء، وهکـذا الأمرهاهنا لا تشتغل ذمّه المحیل إلّا بعد أداء المحال علیه إذا کان بریئاً. (البجنوردی).

إلى دَين المحيل بمجرّده فكـذا فی حصوله بالنسـبه إلی دَین المحال علیه للمحیل إذا کان مدیوناً له، وحصول شـغل ذمّه المحیل له إذا کان بریئاً.

ومقتضی القاعده فی الضمان(۱) أیضاً تحقّق شغل المضمون عنه للضامن

بمجرّد ضمانه، إلّا أنّ الإجماع(۲) وخبر الصلح(۳) دَلّا علی التوقّف علی

الأداء فیه، وفی المقام لا إجماع ولا خبر(۴) ، بل لم یتعرّضوا لهذه المسأله؛

ص:۱۴۳

۱- مرّ فی المسأله (۱۳) من الضـمان أنّ القاعده لا تقتضی ضمان المضمونعنه للضامن قبل الأداء؛ لأنّ ضمانه له إنّما هو فی طول الأداء وبسببه، وعلیمقدار ما أدّاه، وکذلک الحال فی الحواله علی البریء؛ لأنّها _ کما عرفت _ضمان فی الحقیقه. (الفانی).

۲- قد مرّ أنّ الإجماع غیر محقّق، والخبر غیر دالٍّ هناک فضلاً عن المقام. (عبدالله الشیرازی).

۳- قـد مرّ أنّ دلالـه خبر الصـلح علی ذلـک ممنوعه، بل مفاده عـدم استحقاقهالزائد علی ما صُولِح علیه، وقـد مرّ أنّ الحکم فی الضــمان أیضاً علیوفـق القاعـده. (الإصــطهباناتی). * تقـدّم فی الضــمان أنّ الأـقوی هـو العمـل بالقاعـده، وأنّ مـورد الإجمـاع وخبرالصلح هو عدم استحقاقه الزائد علی ما صُولِح علیه، لا کون الاستحقاقبعد الأداء. (البروجردی).

۴- بـل مضافاً إلی مساعـده العرف علی شـرطیّه فعلیّه الأـداء، علاـوهً علی إمکـان تنقیحالمناط من باب الضـمان فی المقام أیضاً. (آقاضیاء).

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل(۱) ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه(۲)

المحتال أو وفّاه بالأقلّ، أو صالحه بالأقلّ(۳) فله عوض ما أحاله عليه بتمامه

مطلقاً إذا كان بريئاً.

حواله السيّد على مكاتبه بمال الكتابه وفروع فی المقام

(مسأله ۱۱) : إذا أحال السيّد(۴) بدَينه(۵) على مكاتَبِه بمال الكتابه

المشروطه أو المطلقه صحّ، سواء كان قبل حلول النجم أم بعده؛ لثبوته فی ذمّته. والقول بعدم صحّته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف؛ إذ غايه ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحواله على المشتری بالثمن فی زمان الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمّه العبد لعدم ثبوت ذمّهٍ اختياريّهٍ له فيكون وجوب الأداء تكليفيّاً، كما تری.

ثمّ إنّ العبد بقبول الحواله(۶) يتحرّر(۷)؛ . . . . . .

۱- يحتاج إلی تأمّل. (الكوه كَمَری).

۲- كلّ ذلك مشكل. (السبزواری).

۳- الظاهر أنّ حكمها حكم الضمان فی ذلك؛ إذ هی مع براءه المحال عليه ضمان فی المعنی وإن اختلف اللفظ، وخصوصيّه اللفظ لا دخل لها فی نظر العرف، بل الظاهر أنّ الإبراء والوفاء بالأقلّ كذلك. (البروجردی).

۴- الظاهر عندی أنّ الحواله على المكاتب كالحواله على البریء. (الفانی).

۵- هذه المسأله تحتاج إلی تأمّل. (السبزواری).

۶- إن كان الدَين الّذی أحاله السيّد على مكاتَبِه من جنس مال الكتابه وبمقدارٍ فبمجرّد الحواله يتحرّر العبد من دون اعتبار قبوله. (حسن القمّی). * بل بنفسها وإن لم يقبل؛ إذ لا ـ تتوقّف الحواله عليه على قبوله بعد كونه عبداًمديوناً للمولی، كما هو الأظهر. (اللنكرانی).

۷- الظاهر أنّه لا يتوقّف على قبوله لها؛ إذ المفروض أنّه مديون للمولی، فبتحقّقالحواله تبرأ ذمّته وتشتغل للمحتال. (الخوئی).

لحصول وفاء(۱) مال الکتابه بالحواله ولو لم یحصل(۲) الأداء منه. فإذا أعتقه المولی قبل الأداء(۳) بطل عتقه.

وما عن المسالک(مسالک الأفهام: ۴/۲۲۱.) من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء _ لأنّ

الحواله لیست فی حکم الأداء، بل فی حکم التوکیل؛ وعلی هذا إذا

أعتقه المولی صحّ وبطلت الکتابه، ولم یسقط عن المکاتب مال الحواله؛

لأنّه صار لازماً للمحتال، ولا یضمن السیّد ما یغرمه من مال الحواله _

ص:۱۴۵

۱- یحتاج إلی تأمّل. (الکوه کَمَری).

۲- هذا علی الأصحّ من کون مال الکتابه دَیناً علی العبد، وأمّا لو قیل بعدم الدَینلِلُزُوم کون المولی مدیوناً لنفسه فتکون الحواله علیه کالحواله علی البریء، ولایُعتَق ما لم یودِّ، کما مرّ؛ وعلی هذا لو أعتقه المولی صحّ وبطلت الکتابه، ولم یسقطعن المکاتب مال الحواله، ولاـ یضمن السیّد ما یغرمه العبد بعد الحرّیه، کما اختارهالمسالک(مسالک الأفهام: ۴/۲۲۱.). (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- الأقوی عدم جواز مطالبه المحال علیه من المحیل قبل الأداء، بل وبمقدار مایؤدّی؛ فإنّ براءه ذمّه المحیل بل والمضمون عنه تحصل بقبول المحال علیه فیالأوّل، والضامن فی الثانی، ولکنّ اشتغال ذمّه المحیل والمضمون عنه إنّما تحصلبعد أداء المحال علیه أو الضامن، وبمقدار ما أدّاه، وفرق بین براءه ذمّته واشتغالها،وربّما کان نظر المشهور إلی ذلک. (صدرالدین الصدر).

فيه نظر من وجوه. وكأنّ دعواه(۱) أنّ الحواله ليست فی حكم الأداء(۲) ،

إنّما هی بالنظر إلی ما مرّ(۳) من دعوی توقّف شغل ذمّه المحيل للمحال

ص:۱۴۶

۱- كون نظره إلی مـا ذكر محـلّ إشـكال. (الخمينی). * ويمكن أن تكون دعواه مبتيّةً علی ما قلناه، أو علی ما عن الشـيخ من أنّ مالالكتابه ليس بثابت؛ لأنّ للمكاتَب إسقاطه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- هذه الدعوی وإن كانت باطلةً فی نفسـها ــ لأنّها تسـتلزم عدم براءه ذمّهالمحيل عن دين المحتال بمجرّد الحواله، وهو خلاف المفروض ــ إلّا أنّهاغير مبتنيهٍ علی الدعوی الثانيه؛ فإنّ مورد الثانيه هی الحواله علی البریء،لا علی المديون. (الخوئی).

۳- لاـ يخفی مـا بين الحواله علی المـديون والبریء من البون البعيـد، وقصورهـا فيـالقسم الثـانی عن كونهـا موجبهً لاشـتغال ذمّه المحيـل للمحـال عليه قبـل الأـداء لاـيوجب أن تكـون فی القسم الأـوّل بالنسبه إلی فراغ ذمّه المحـال عليه عن دَينالمحيـل أيضـاً كـذلك، وإلّـا لزم اشـتغال ذمّه المحـال عليه قبـل الأـداء لكـلٍّ من المحيلوالمحتـال بـذلك المال. ولو قيل بابتناء ما أفاده الشـهيد ۱(راجع مسالـك الأفهام: ۴/۲۲۱ ــ ۲۲۳.) فی المقـام علی المنـع عنكون العبـد ذا ذمّهٍ اختيـاريّهٍ كـان أولی من أن يُنسَب إليه ما يسـتلزم هـذا المحـال،خصوصـاً مع مـا نقل عنه من تصـريحه فی غير المقام بفراغ ذمّه المحال عليه عن دَينالمحيل بنفس الحواله. (النـائينی، جمـال الـدين الگلپايگانی). * ما عن المسالك وإن كان غير صـحيح إلّا أنّ عـدم ابتنائه علی ذلك بمكانٍ منالوضوح. (حسن القمّی). * ولكنّ مورد ما مرّ هو الحواله علی البریء، لا المديون، إلّا أن يقال بكون المقام أيضاً كذلك؛ لأنّه لا يعقل أن يكون العبد مديوناً للمولی؛ لأنّه يلزم أن يكون المولیمديوناً لنفسه، ولكنّه، كما تری. (اللنكرانی).

علیه علی الأداء، کما فی الضمان فهی وإن کانت کالأداء بالنسبه إلی المحیل والمحتال، فبمجرّدها یحصل الوفاء وتبرأ ذمّه المحیل لکن بالنسبه إلی المحال علیه والمحیل لیس کذلک، وفیه منع التوقّف(۱) المذکور(۲) ،کما عرفت، فلا فرق بین المقامَین فی کون الحواله کالأداء فیتحقّق بها الوفاء.

۱- مع تسلیم التوقّف المزبور فی موارد رجوع المحال علیه علی المحیل،کما فی البریء لا مجال لدعواه فی المقام؛ لأنّ بنفس الحواله تفرغ ذمّه المحالعلیه من المحیل، وفراغ ذمّته عنه بمنزله أدائه، فلیس للسیّد حینئذٍ عِتقُهبمجرّد الحواله. (آقاضیاء). * حرّیّه العبد معلول لوصول مال الکتابه إلی مولاه، وقد فرضنا وصول ذلکبالحواله وقبولها، ولازم ذلک حرّیّه العبد. (صدرالدین الصدر). * قد عرفت صحّه التوقّف فی الضمان، وأنّه لا تشتغل ذمّه المضمون عنه إلّا بعدالأداء، ولکنّ الحواله علی المدیون توجب براءه ذمّه المحیل، ولا تتوقّف علیالأداء، بخلاف الحواله علی البریء فإنّها تتوقّف علی الأداء. (البجنوردی). * انعتاق العبد مترتّب علی استیفاء المولی مال الکتابه، وهو یتحقّق بالحواله إیجاباًوقبولاً، فالحرّیّه حاصله. (المرعشی).

۲- وقد مرّ أنّ التوقّف أظهر، ومع ذلک یَرِد علیه: أنّ مورد الدعوی الثانیهالحواله علی البریء، ومورد الاُولی الحواله علی المدیون، فلا تتوقّف الاُولیعلی الثانیه. (الروحانی).

(مسأله ۱۲) : لو باع السيّد مكاتَبه سلعةً فأحاله بثمنها(۱) صحّ؛ لأنّ حاله حال

الأحرار، من غيرفرقٍ بين سيّده وغيره. وما عن الشيخ(۲) من المنع(۳) ضعيف.

(مسأله ۱۳) : لو كان للمكاتَب دَين على أجنبيّ فأحال سيّده عليه من مال الكتابه صحّ، فيجب عليه تسليمه للسيّد، ويكون موجباً لانعتاقه(۴) ، سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد، أم لا.

الاختلاف فى كون الواقع حواله أو وكاله

(مسأله۱۴) : لو اختلفا(۵) فى أنّ الواقع منهما كانت حوالةً أو وكالةً فمع

ص:۱۴۸

۱- هذه العباره ناقصه، والصحيح أن يقال: لو أحال عليه غريمه بثمنها _ كما عَنونَالمسأله فى المبسوط(المبسوط: ۲/۳۲۱.) كذلك. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- ولكنّ المحكيّ(مسالك الأفهام: ۴/۲۲۱، المبسوط: ۲/۳۲۰ _ ۳۲۱.) عن الشيخ قدّس سرّه هو المنع فيما لو أحالَه بمال الكتابه، وأمّاالحواله عليه بثمن السلعه الّتى ابتاعها فاحتمل فيها الوجهان. (اللنكرانى).

۳- الظاهر اختصاص منع الشيخ بإحاله المولى غريمه على المكاتَب، وهو فرضآخر غير ما عَنونَه فى المتن. (المرعشى). * لم يمنع الشيخ عن ذلك على سبيل الجزم، بل قال: «فيه وجهان»، وما منعه هوإحاله السيّد غريمه على المكاتَب بمال المكاتَبه، واستدلّ عليه بعدم ثبوته؛ لجوازإسقاطه بتعجيز نفسه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- تقدّم أنّه يحتاج إلى التأمّل. (الكوه كَمَرى). * على فرض ثبوت مال الكتابه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- لابدّ من فرض المسأله فيما إذا كان مدّعى الوكاله يدّعيها بأن يكون أمانه عند الوكيل، وإلّا فلا يترتّب على هذه الدعوى بالنسبه إلى ما بعد القبض أثر أصلاً،ضروره اتّفاقهما حينئذٍ على كون المال للمحتال، وارتفاع اشتغال ذمّه المحيل له،كما أنّ إجراء الاُصول المذكوره بالنسبه إلى ما بعد القبض مخدوش فيهذه الصوره، ضروره أنّ ارتفاع اشتغال ذمّه المحيل للمحتال، وكذا ذمّه المحال عليهللمحيل، وكذا ملكيّه المحتال للمال المأخوذ معلوم، سواء كان الواقع هى الحوالهأو الوكاله بالنحو المذكور، نعم، لو كانت الوكاله بنحو الأمانه لا بأس بجرياناًكثر هذه الاُصول. (اللنكرانى).

عدم البیّنه یُقَدَّم قول مُنکِر(۱) الحواله(۲) ، سواء کـان هو المحیـل أم المحتال،وسواء کان ذلک قبل القبض من المحال علیه أم بعده(۳) ؛ وذلک لأصاله(۴) بقاء اشتغال ذمّه المحیل للمحتال، وبقاء اشتغال ذمّه المحال علیه

۱- بناءً علی کون المعیار فی مَیز الخصـمین المقصود والغرض الواقعیّ فی الدعوی،لا مصـبّها ومطرحها، کما هو المختار، فالباب باب التداعی. (المرعشی).

۲- لاـ بمعنی ثبوت الوکـاله وترتیب أثرها لو کان لها أثر، وللمسأله صور، وکـذا لطرحالـدعوی، ولعلّ فی بعضـها یکون المرجع التحالف علی إشکال. (الخمینی).

۳- لا إشـکال فی جریان الاُصول المذکوره قبل القبض، وأمّا بعد القبض فلا معنیلبقاء اشتغال ذمّه المحال علیه للمحیل؛ لأنّه علی فرض الحواله تبرأ ذمّتهبمجرّدهـا، وعلی فرض الوکـاله تبرأ بأدائهـا إلی وکیـل المحیل، والمفروضـهو العلم بعـدم الخروج عنهما. وکذلک ذمّه المحیل فی الحواله تبرأ بمجرّدها،وفی الوکاله بأخذه الوکیل بمقدار ما علیه من المحال علیه عوضاً عن دَینالمحیل. نعم، لو کانت الدعوی الوکاله فی أخذ المحتال بوکاله المحیل والبقاءعنده أمانهً فیصحّ استصـحاب اشتغال ذمّه المحیل للمحتال، واستصحاب عدمانتقال ما أخذه إلیه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- جریانها وجریان ما یلیها قبل القبض واضح، وفی جریانها بعده فی بعضالصور نظر. (المرعشی).

للمحيل، وأصاله عدم ملكيّه المال المحال به للمحتال.

ودعوى أنّه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكيّه المحال، فيكون المُنكِر للحواله مدّعياً، فيكون القول قول المحتال فى هذه الصوره مدفوعه: بأنّ مثل هذه اليد لا يكون أمارهً(١)

ص:١٥٠

١- قد يقال: إنّ مثل هذا اليد لا يوجب تقديم قول المدّعى للحواله؛ لعدم إثباتها سببدعواه، ولكن لا يخرج عن الأماريّه لأصل الملكيّه بعد كون المدار فى مثل المقامعلى ترجيح يد الحادثه على السابقه، وإن كان فى مقام استناد الشاهد كان الأمربالعكس، كما يظهر من التعليل فى روايه(وسائل الشيعه: الباب (٢٥) من أبواب وجوب الحكم بملكيّه صاحب اليد، ح٢.) اليد بأنّه لولاه لَما يبقى للمسلمين سوق؛إذ نفس هذه العلّه يقتضى تقديم اليد اللاحقه على السابقه فى غير مورد الشهاده،وتقديم السابقه فى مقام استناد الشاهد بها؛ لئلّا يختلّ أمر قيام البيّنه أيضاً.هذا، ولكن نقول: إنّ ما اُفيد فى وجه تقديم اللاحقه على السابقه فى غير بابالشهاده وعكسه فيها للعلّه المزبوره فى غايه المتانه، وإنّما الكلام فى أماريّه اليدعلى أصل الملكيّه فى المقام بعد سقوطها عن إثبات السبب، بدعوى أنّ قضيّهسقوطها تقتضى إجراء أحكام المدّعى عليه، كما هو ظاهر كلماتهم بلا خلافٍ فيه،ومن المعلوم أنّ لازمه إجراء أصاله عدم الانتقال فى حقّ قائله كى يصير منكراً،ومن المعلوم أنّ مثل هذا الأصل مع فرض أماريّه اليد على أصل الملكيّه لايجتمعان؛ لأنّ نتيجه مثل هذا الأصل وما هو المصحّح جريانه ليس إلّا ترتيب أثرهمن عدم الملكيّه؛ إذ لولاه لا يتصوّر لمثل هذا الأصل أثر عملى، فلو كانت اليدحينئذٍ أمارهً على الملكيّه لا- يتصوّر مجال لجريان الأصل المزبور، فلا يبقى حينئذٍ مجال جعل القائل بعدم الانتقال منكِراً، فإطباقهم على جعله منكِراً مساوقإجماعهم على جريان الأصل المزبور فى حقّه، وهو مساوق إطباقهم على عدمأماريّه مثل هذه اليد على أصل الملكيّه أيضاً، ولا على استحقاق كون المال تحتيده من جهه اُخرى؛ لاعترافه على نفيها، ولازمه حينئذٍ انتزاع الحاكم المال من يده،ولعلّه إلى هذه النكته نظر شيخنا العلّامه(قواعد الأحكام: ٢/١٦٥ _ ١٦٦.) من دعوى الإجماع على انتزاع المال منيده، فلا يبقى حينئذٍ مجال إشكال المحشّين بأنّه لا وجه لانتزاعه مع بقاء اليد علىأماريّتها فى أصل الملكيّه، فتأمّل وتدبّر. (آقاضياء).

على ملكيّه(۱) ذِيها، فهو نظير ما إذا دفع شخصٍ ماله إلى شخصٍ وادّعى أنّه

دفعه أمانه، وقال الآخر: «دَفَعَتنى هِبهً أو قرضاً»؛ فإنّه لا يُقَدَّم قول ذى اليد.

هذا كلّه إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأمّا إذا علم وكان ظاهراً فى الحواله أو فى الوكاله فهو المتّبع.

ولو علم أنّه قال: «أحلتك على فلان» وقال: «قبلتُ» ثمّ اختلفا فى أنّه حواله أو وكاله فربّما يقال(۲) : إنّه يُقدَّم قول مدّعى الحواله(۳) ،لأنّ الظاهر من لفظ «أحلتُ» هو الحواله المصطَلَحه، واستعماله

۱- لا مانع من التمسّک باليد، وكذا فى النظير، نعم، لا يمكن المتسّک بها إذا كان فاليبين استصحاب حال اليد بأن كان إجارهً أو غصباً، وفى الحال يدّعى الملكيّه منجهه تمليكه له. (عبدالله الشيرازى).

۲- لا يبعد اختصاص ذلک بالعارف بالاصطلاح المستعمل له، وإلّا فلا ظهور، وكذافى مشتقّات الوصيّه. (محمّد الشيرازى).

۳- لا يخلو من قوّه، ومنع الظهور ممنوع. (الخمينى).

فی الوکاله مجاز، فیُحمَل علی الحواله، وفیه منع(۱) الظهور(۲) المذکور(۳) . نعم، لفظ «الحواله» ظاهر فی الحواله المصطَلَحه، وأمّا ما یُشتقّ منها(۴) کلفظ «أحَلْتُ» فظهوره فیها ممنوع(۵) . کما أنّ لفظ

۱- فی المنع منع، وتقدیم مدّعی الحواله لا یخلو من قوّه. (اللنکرانی).

۲- خلاف الوجدان إنصافاً. (آقاضیاء). * لا یبعد ظهوره فی الحواله المصطلحه. (عبدالهادی الشیرازی). * إذا کان المبدأ فی المشتقّات ظاهراً فی مفهومٍ تکون المشتقّات أیضاً ظاهرهً فیه،علی اختلاف الخصوصیّات المستفاده من الهیئات، ولا یمکن التفکیکبحسب القانون المحاوریّ فی مبداً واحدٍ من حیث المفهوم بلحاظ الهیئاتالاشتقاقیّه. (الفانی). * فی المنع إشکال. (الخوئی).

۳- ولکنّه هو الواقع، والمنع خلاف الوجدان، فتقدیم قول مدّعی الحواله فی الصورهالمفروضه هو الأقوی. (البجنوردی).

۴- من المعلوم أنّ لفظ «أَحَلْتُ» لیس من الألفاظ المجمله أو المهمله، ولا شکّأنّها لا تدلّ إلّا علی الحواله بمعناها المعروف، ولو استُعمِلت فی غیره فهومجاز لا یُصار إلیه إلّا بالقرینه المفقوده فی المقام، وأصاله الحقیقه تقتضیالحمل علیه. (کاشف الغطاء).

۵- منع اقتراحی. (الفیروزآبادی). * فیه إشکال. (المرعشی). * الظاهر أنّ منع الظهور فیما إذا صدر هذا اللفظ من المدیون مخاطباً لدائنهلإرجاعه إلی مدیونه أو إلی بریء لا یخلو من تعسّف، وتقدیم قول مدّعیه لا یخلومن قوّه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

«الوصیّه» ظاهر فی الوصیّه المصطلحه، وأمّا لفظ «أوصیتُ» أو «اُوصِیکَ بکذا» فلیس کذلک. فتقدیم قول مدّعی الحواله(۱) فی الصوره المفروضه

محلّ منع(۲) .

إذا وقعت الحواله علی المشتری وبالعکس وتبیّن بطلان البیع

(مسأله ۱۵) : إذا أحـال البـائع مَن له علیه دَین علی المشتری بالثمن، أو أحال المشتری البائع بالثمن علی أجنبیٍّ بریءٍ أو مـدیونٍ للمشـتری، ثمّ بـان بطلاـن الـبیع بطلت الحواله فی الصورتَین؛ لظهور عـدم اشـتغال ذمّه المشـتری للبـائع، واللاـزم اشـتغال ذمّه(۳) المحیل للمحتال. هذا فی الصوره الثانیه.

وفی الصـوره الاُـولی وإن کـان المشـتری مُحالاًـ علیه ویجوز الحواله علی الـبریء(۴) إلّـا أنّ المفروض إراده الحـواله علیـه من حیث(۵) ثبوت(۶)

۱- تقدیم قوله للظهور المذکور هو الموافق للأصل اللفظی، فلا وجه لمنعه. (الفانی).

۲- لکنّه لا یخلو من قوّه. (النائینی، جمال الـدین الگلپایگانی). * بل لا یخلو من قوّه. (الإصـطهباناتی). * الظاهر أنّ المنع ممنوع. (السبزواری).

۳- یعنی اللازم فی الحواله أن تکون ذمّه المحیل مشغولهً للمحتال، وهنا لیس کذلک.(کاشف الغطاء).

۴- الأولی أن یقال: إلّا أنّ قبوله الحواله أو رضاه مقیّد بکون الثمن فی ذمّته مطلقاً.(الفیروزآبادی).

۵- کونه من قبیل تخلّف الداعی واندراج المقام فی الحواله علی البریء لا یخلو منوجهٍ قویّ. (جمال الدین الگلپایگانی).

۶- کونه من قبیل تخلّف الـداعی واندراج المقام فی الحواله علی البریء لا یخلو منوجه قویّ. (النائینی). * هذا إذا کانت الحواله علیه بنحو التقییـد، وأمّـا إذا کـانت بنحوٍ یکون ثبوت الثمنفی ذمّته من باب الـداعی فتکون من الحواله علی البریء. (عبـدالهادی الشیرازی).

الثمن(۱) فی ذمّته(۲) ، فهی فی الحقیقه حواله علی ما فی ذمّته(۳) ، لا علیه(۴) .

ولا فرق بین أن یکون انکشاف البطلان قبل القبض، أو بعده، فإذا کان

۱- إذا لم یکن بنحو تخلّف الداعی، وإلّا صحّت الحواله ولزم، ویرجع بعد أدائه إلیالمحیل. (آقاضیاء). * إذا لم یکن من قبیل تخلّف الداعی حتّی یندرج فی عنوان الحواله علی البریء.(الإصطهباناتی). * إذا لم یکن بنحو تخلّف الداعی. (عبدالله الشیرازی).

۲- لکنّ الظاهر أنّ هذه الحیثیه من قبیل الداعی، لا التقیید. (البجنوردی).

۳- فیه إشکال، بل منع؛ لأنّ الرضا بالحواله لیس مقیّداً باشتغال ذمّتهبالثمن، بل من باب تخلّف الداعی، والمورد من مصادیق الحواله علیالبریء. (المرعشی). * لا معنی للحواله علی ما فی الذمّه؛ لأنّها نقل ذمّهٍ إلی ذمّه، غایه الأمر فیالمشغول یلازم استیفاء الدَین بخلافها فی البریء، ومع تحقّق الحواله لا یضرّ عدمالاستیفاء، نظیر تخلّف الداعی، إلّا مع تقیّد رضاه بالحواله بکونه مدیوناً بالثمنفتکون باطله. (محمّد رضا الگلپایگانی). * لا معنی للحواله علی ما فی ذمّته، بل الحواله هنا علی الشخص بما فی ذمّته، فإنکان ذلک بنحو الداعی صحّت الحواله وتکون علی البریء، وإن کان بنحو التقیّدبطلت. (اللنکرانی).

۴- هذا ممنوع، بل حواله علیه بما فی ذمّته، فإن کان بنحو التقیید بطلت الحواله، وإنکان بنحو الداعی صحّت، وتکون الحواله علی البریء. (الخمینی).

بعد القبض يكون المقبوض باقياً(۱) علی ملک(۲) المشتری(۳) ، فله الرجوع به،

ص:۱۵۵

۱- فی غیر صوره إحاله المشتری البائع علی الأجنبیّ البریء، وأمّا فیها فالمقبوضباقٍ علی ملک الأجنبی فی صوره بطلان الحواله. (الخمینی). * هـذا فی خصوص الصوره الاُولی، ویؤیّـده التعبیر بالبقـاء، وأمّا الصوره الثانیهبکلا شـقّیها فالمأخوذ باقٍ علی ملک الأجنبیّ فیهـا، أمّا الشِقّ الأوّل فواضـح،وأمّا الثانی فلأنّه لم یکن فی البَین ما یوجب خروجه عن ملک الأجنبیّ إلّاالحواله، والأداء عقیبهـا بتخیّـل صـحّتها وقـد انکشـف الخلاـف، فالمـأخوذ بـاقٍ علیملکه، ومنه یظهر أنّه مـع التلف یکون الراجع هو الأجنبیّ فی الصـوره الثـانیه،والظـاهر جـواز رجـوعه إلی المحتـال وإلی المحیـل الّـذی هـو المشـتری، نعـم، له الرجـوععلیه لـو رجـع علیه به. (اللنکرانی).

۲- إلّا فی صوره إحاله المشتری البائع علی الأجنبیّ البریء؛ فإنّه فیها باقٍ علی ملکالمحال علیه البریء. (المرعشی).

۳- فی غیر صوره إحاله المشتری للبائع بالثمن علی الأجنبیّ البریء، وأمّا فیها فهوباقٍ علی ملک البریء یأخذه منه مع بقائه وبدله مع تلفه، وإن تعذّر أخذ عینه أو بدلهمنه کان له الرجوع علی المشتری. (البروجردی). * هذا فی الصوره الاُولی، وأمّا فی الصوره الثانیه فذلک إن أحال المشتری البائععلی مَن هو مدیونه، وأمّا إن أحاله علی البریء فیکون المقبوض باقیاً علی ملکالبریء، یرجع به إلی المحتـال أو ببـدله بعـد تلفه. (البجنوردی). * فی غیر صوره إحـاله المشتری للبـائع بـالثمن علی الأجـنبیّ البریء، وأمّا فیها فهوبـاقٍ علی ملـک البریء یأخـذه منه مع بقـائه وبـدله مع تلفه، وإن تعـذّر أخـذ عینه أو بـدلهمنه کان له الرجوع علی المشتری. (عبـدالله الشـیرازی). * هـذا فی غیر مـا إذا أحال المشتری البائع علی البریء، وأمّا فیه فالمقبوض باقٍعلی ملک البریء فله الرجوع به، ومع تلفه جاز له الرجوع علی المحیل وعلیالمحتال، فإن رجع علی المحیل جاز له الرجوع علی المحتال. (الخوئی). * هـذا فی الصوره الاُولی علی فرض البطلاـن، وأمّـا علی فرض الصـحّه فالمقبوضـملک للمحـال علیه، وعلی المحیـل غرامته، وفی الصوره الثـانیه فـالمقبوض بـاقٍ علیملـک المـأخوذ منه یردّه علیه مـع بقـائه، ویردّ بـدله مـع التلـف؛ لأـنّ الحواله بـاطله، ولاملّـک غیرها للمشتری. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی الصوره الاُولی. (محمّد الشـیرازی، حسن القمّی). * هذا فی غیر ما إذا أحال المشتری البـائع علی الأـجنبیّ البریء، وأمّا فی ذلکالمورد فهو باقٍ علی ملک البریء یأخـذه منه مع بقائه، ومع تلفه یأخـذ منه أو منالمحیل بدله، وإن أخذ من المحیل یرجع هو علی المحتال. (الروحانی).

ومع تلفه يرجع على المحتال فی الصوره الاُولی، وعلی البائع فی الثانیه.

إذا وقعت الحواله بأحد الوجهین

(مسأله ۱۶) : إذا وقعت الحواله بأحد الوجهَین ثمّ انفسخ البیع بالإقاله أو بأحد الخیارات فالحواله صحیحه(۱) ؛ لوقوعها فی حال اشتغال(۲) ذمّه المشتری بالثمن، فیکون، کما لو تصرّف أحد المتبایعَین فی ما انتقل إلیه ثمّ حصل الفسخ فإنّ التصرّف لا یبطل بفسخ البیع(۳) . ولا فرق بین أن یکون

۱- فیه إشکال، خصوصاً فی الصوره الثانیه. (عبدالهادی الشیرازی).

۲- ولا موجب للبطلان بعده. (المرعشی).

۳- ، نعم، لا بأس بالالتزام بکون الفاسخ له السلطنه علی فسخ التصرّف الملزم الواردعلی ماله إن کان فی بقائه علی الملزوم ضرر علیه، اللهمّ إلّا أن یقال: إنّ الضررالمتصوّر فیه لیس إلّا ضرر نقض الغرض، وإلّا فمالیّته مجبوره بالقیمه جزماً، ومنالمعلوم أنّ هذا الضرر فی غیر باب نفس العقود غیر مجبور، کما هو ظاهر علی منراجع ولاحظ. (آقاضیاء).

الفسخ قبل قبض مال الحواله أو بعده، فهی تبقی بحالها، ویرجع البائع علی المشتری(۱) بالثمن.

وما عن الشیخ(الخلاف: ۳/۳۰۸ _ ۳۰۹.) وبعضٍ(المبسوط للسرخسی: ۲۰/۸۷، البحر الرائق لابن نجیم البصری: ۶/۹۱ ،المغنی لابن قدامه :۵/۶۲،الانصاف للمرداوی: ۵/۲۲۹.) آخر من الفرق(۲) بین الصورتَین والحکم

بالبطلان فی الصوره الثانیه(۳) _ وهی ما إذا أحال المشتری البائع بالثمن علی

أجنبیّ؛ لأنّها تتبع البیع فی هذه الصوره؛ حیث إنّها بین المتبایعَین _ بخلاف الصوره الاُولی ضعیف. والتبعیّه فی الفسخ وعدمه ممنوعه، نعم(۴) ، هی تبع

ص:۱۵۷

۱- بل یرجع المشتری علی البائع، کما هو ظاهر، ولعلّ فی النسخه تحریفاً. (کاشفالغطاء). * والظاهر أنّ فی العباره اشتباه، والصحیح یرجع المشتری علی البائع. (البجنوردی). * هذا من سهو القلم، والصحیح، ویرجع المشتری علی البائع. (الخوئی). * الصحیح: یرجع المشتری علی البائع. (السبزواری).

۲- الفرق بین الصورتَین: أنّ فی الثانیه بالفسخ ینتفی الموضوع وهو الدَین المحال،وفی الاُولی یصیر کالحواله علی البریء، لکنّ ذلک لا یوثّر؛ لأنّ الفسخ بعد الحوالهبمنزله الفسخ بعد سائر النواقل _ مثل البیع أو الصلح _ لا یفید فی رفع أثر الحواله.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- أی الثانیه المذکوره فی المسأله السابقه. (الفیروزآبادی).

۴- هذا إذا اُخذ الثمن علی نحو الداعی، أو لم یُلحَظ أصلاً، أو اُخذ علی نحو الشرط واُسقط الشرط، أمّا إذا اُخذ الثمن علی نحو القید أو کان مصبّ الحواله بطلت. (محمّدالشیرازی).

للبيع؛ حيث إنّها واقعه على الثمن(۱) . وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين.

وربّما يقال ببطلانها إن قلنا: إنّها استيفاء، وتبقى إن قلنا: إنّها اعتياض. والأقوى البقاء وإن قلنا إنّها استيفاء؛ لأنّها(۲) معامله(۳) مستقلّه(۴) لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملهٍ لازمه، كما إذا اشترى شيئاً بدراهمَ مكسّرهٍ فدفع إلى البائع الصِحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر(۵) وفاءً؛ حيث إنّه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر، لا الدارهم المكسّره؛ فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملةً

۱- الصوره الثانيه ــ وهي تحويل البائع أجنبيّاً على المشتري بالثمن أيضاً ــ الحوالهواقعه على الثمن، فلاـ فرق بين الصورتَين. (كاشف الغطاء). * وقوعه من البائع في الاُولى، ومن المشتري في الثانيه، ولكن مع هذا لاـ يخلوعدم الفرق من الإشكال. (المرعشي).

۲- كون الدعوى المذكوره خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياضظاهر. (جمال الدين الگلپايگاني).

۳- كون الدعوى المذكوره خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياضظاهر. (النائيني).

۴- هذا إنكار للمبنى، لا للبناء بعد تسليم المبنى، وإنكار المبنى وجيه، وفرق بينكونها استيفاءً أو لازمها ذلك. (الخميني). * وهو الحقّ الحقيق بالقبول. (المرعشي).

۵- في صدق الأداء في هذا الفرض إشكال. (المرعشي).

لازمه(۱) ، بل يتبع البيع فى الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه؛ حيث إنّ الحواله عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

إذا أحال على وكيله بمال شخصى فى يده

(مسأله ۱۷) : إذا كان له عنـد وكيله أو أمينه مالٍ معيّنٍ خارجيّ فأحال دائِنه عليه ليـدفع إليه بما عنـده فقبل المحتال(۲) والمحال عليه(۳) وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحواله(۴) المصطَلَحَه(۵) .

وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل؛ لبقاء شغل ذمّته. ولو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن(۶) . . . .

۱- الظاهر أنّها معامله لازمه، فلا تتبع البيع فى الانفساخ. (الخوئى).

۲- هـذا الفرع من أوّله إلى آخره لاـ يخلو من اغتشـاش، فإن كان المقصود الوكاله فيردّ عين ماله إلى غريمه فهـذا لا يحتاج إلى قبول المحتال والمحتال عليه؛ فإنّ الأمينيكفى فى جواز الردّ له إذن المالك، ولا يلزم عليه الردّ إلى الغريم ولو مع قبولالوكاله، بل عليه الردّ: إمّـا على المالك، وإمّا على مَن أمر بالردّ إليه. وأمّا الغريم فإنكان ما أمر بالردّ إليه مصـداقاً لـدينه فملزم بالقبول، وهـذا ليس من الحواله فى شـىء،لا المصـطَلَحه ولا غير المصـطَلَحه، والحكم بالضـمان لقاعـده الغَرر فى المقام محلّمنع. (محمّـد رضـا الگلپايگانى).

۳- فيترتّب على قبوله الضمان؛ لعنوان الغُرور من جهه اطمئنانه بالوفاء. (المرعشى).

۴- بـل ليس من الحواله أصـلاً، ولاـ يحتـاج إلى قبول المحـال عليه؛ لأنّـه وكيل على ماهو المفروض، بل وقبول المحتال إذا كان ذلك المال مصداقاً لدَينه. (اللنكرانى).

۵- لعدم النقل من الذمّه إلى الذمّه ولا الضمّ، كما عليه القوم. (المرعشى).

۶- تخلّف الوكيـل عن أمر المالـك وإن كان موجباً لصـيروره يـده على المال يـد ضمانٍويضـمنه لمالكه لكنّ ضـمانه للمحتال لا مـوجب لـه، والتشـبّث بقاعـده الغَرور ضـعيفغايته، والحمـدُ لِلهِ ربّ العـالمين، والصـلاهُ على رسولِهِ وآلِهِ الطاهرين. (جمـال الدينالگلپايگانى). * فيه نظر وإشكال. (اللنكرانى).

الوكيل(۱) المحال عليه(۲) إذا كانت الخساره الوارده عليه مستنداً إليه للغَرور.

[تَمّ كتاب الحواله]

*

*

*

ص:۱۶۰

۱- تخلّف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجباً لصيروره يده على المال يد ضمانويضمنه لمالكه لكنّ ضمانه للمحتال لا موجب له، والتشبّث بقاعده الغَرور ضعيفغايته، والحمدُ لِلهِ ربّ العالمين، والصلاهُ على رسولِهِ وآلِهِ الطاهرين. (النائینی). * لا موجب لضمانه؛ إذ لا ـ مجرى لقاعده الغَرور بعد بقاء الدَين فی ذمّه المديون،وعدم احتساب امتناعه عن الأداء خساره، وعلى فرض تسليم الخساره فهيمستنده إلى المديون. (الفانی).

۲- لا يخلو من إشكال؛ لأنّ عصيانه ومخالفته لأمر الموكّل بعد قبوله الإعطاء ليسموجباً للضمان للمحتال، وقاعده الغَرور لا تأتی هنا، نعم، يده بعد المخالفه تصير يدضمانٍ للمحيل المالك للعين الّتی عنده. (البجنوردی). * لا ـ أثر لقبول المحال عليه فی الحكم، أی وجوب الدفع، نعم، له أثر فی الضمانلأجل الغَرور. (الخمینی). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئی). * فيه إشكال. (حسن القمّی). * ضمانه للمالك لا كلام فيه؛ إذ بعد التخلّف عن أمر المالك تكون يده يد ضمان،وأمّا ضمانه للمحتال فلم يظهر وجهه، والتمسّك بقاعده الغَرور ضعيف. (الروحانی).

کتاب النکاح

اشاره

ص:۱۶۱

بسم الله الرحمن الرحيم

ولَهُ الحمدُ والمِنَّه

كتاب النكاح

فصل [فى فضل النكاح وآدابه]

التزوّج بالنساء وحبهنّ من سنن الإسلام المؤكّده

النِكـاح مسـتحبّ فى حـدّ نفسه بالإجمـاع والكتـاب والسُـنّه المسـتفيضه، بـل المتواتره، قـال الله تعـالى: (وَأَنكِحُوا آلْأَيَامَى مِنكُمْ وَآلصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ آللّهُ مِن فَضْلِهِ وَآللّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ)(١)

وفى النبوىّ المروىّ بين الفريقين «النِكاحُ سُنَّتى فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِى فَلَيْسَ مِنِّى».(٢)

وعن الصادق عليه السّلام عن أميرالمومنين عليه السّلام قال: «تَزَوَّجُوا فَإِنَّ رَسُول الله صلى الله عليه و آله قال : مَنْ أَحَبَّ أنْ يتّبع سُنَّتى فَإنّ مِن سُنّتى التزويج»(٣).

وفى النبوى: «ما بُنِىَ بِناء أَحَبُّ إلى اللهِ تَعالى مِن التزويج»(۴).

وعن النبىّ صلى الله عليه و آله : «مَنْ تَزَوَّجَ أحرَز نِصف دينه، فَليَتّقِ اللّهَ فى النصفِ الآخَر»(۵)

بل يُستفاد من جملهٍ من الأخبار استحباب حبّ النساء.

١- [١] النور: ٣٢.

٢- [٢] وسائل الشيعه: الباب (٢) من أبواب كراهه العُزُوبه، ح٩.

٣- [٣] وسائل الشيعه: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح١۴.

۴- [۴] وسائل الشيعه: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح۴.

۵- [۵] أمالى الطوسى: ٢/١٣٢.

ففی الخبر، عن الصادق علیه السّلام : «مِن أخلاق الأنبیاء حُبّ النساء»(۱).

وفی آخر عنه علیه السّلام : «ما أظنّ رجلًا یزداد فی هذا الأمر خیراً إلّا ازداد حبّاً للنساء»(۲).

والمستفاد من الآیه وبعض الأخبار أنّه موجب لسعه الرزق(۳) .

ففی خبر إسحاق بن عمّار: قلت لأبی عبدالله علیه السّلام : الحدیث الّذی یرویه الناس حقّ: إنَّ رجلًا أتی النبیّ صلی الله علیه و آله فشکا إلیه الحاجه، فأمره بالتزویج، حتّی أمره ثلاث مرّات، قال أبو عبدالله علیه السّلام : «نعم، هو حقّ» ثمّ قال علیه السّلام : «الرزقُ مَعَ النساء والعیال»(۴).

۱- [۱] وسائل الشیعه: الباب (۳) من أبواب استحباب حبّ النساء والمحلّلات...، ح۲.

۲- [۲] الکافی للکلینی: ۵/۳۲۰، ح۲ وفیه (فی الإیمان) بدل (فی هذا الأمر).

۳- استفاده الاستحباب منها مشکل. (المرعشی). * الظاهر أنّ ما وعده الله تعالی شأنه عباده من إغناء الفقراء بالنکاح وأرشد نبیّه صلی الله علیه و آله ذا الحاجه إلیه أمر إرشادیّ محسوس بحسب العاده فإنّ الرجل مالم یلتزم علی نفسه مونه العیال لا داعی له فی السعی فی طلب المال ویفنی عمرهبالتسویف والإهمال وأمّا إذا رأی نفسه متعهّداً لتأمین حوائج العیال فلا محالهیسعی ویجدّ فی الطلب ویتحمّل المشقّه والتعب، وکذلک المرأه حیث تجد نفسهامدیرهً للعائله والأولاد تستعدّ لإعانه الزوج فی التحصیل والحفظ فالزواج جزءمعظم لسیاسه المدن، وتسهیل لإداره المعاش لمعظم الناس، مضافاً إلی ما فیه منکسر الشهوه ودفع مفاسدها، وبقاء النسل وتکثیره، ومن هذا یظهر صحّه القول بمحبوبیّته حتّی لمن لم یکن له اشتیاق إلیه، بل للمریض والعِنّین إذا لم تترتّب علیه مفسده اُخری. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- [۴] وسائل الشیعه: الباب (۱۱) من أبواب استحباب التزویج ولو عند الاحتیاج والفقر، ح۴.

كراهه العزوبه وثبوت الاستحباب للنكاح من غير اختصاص بواحده أو بنوع

(مسأله ۱) : يُستفاد من بعض الأخبار كراهه العُزُوبه، فعن النبیّ صلی الله علیه و آله : «رِذَالُ موتاكم العُزّاب»(۱). ولا فرق على الأقوى فی استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومَن لم تَشتَق؛ لإطلاق الأخبار، ولأنّ فائدته(۲) لا تُحصر فی

كسر الشهوه(۳)، بل له فوائد، منها: زياده النسل، وكثره قائلٍ: لا إله إلّا الله.

فعن الباقر علیه السلام : «قال رسول الله صلی الله علیه و آله : ما يمنع المومن أن يتّخذ أهلًا، لعلّ الله أن يرزقه نسمةً تُثقِل الأرضَ بلا إله إلّا الله»(۴).

النكاح / فضله وآدابه

(مسأله ۲) : الاستحباب لا يزول بالواحده، بل التعدّد مستحبّ(۵) أيضاً،

۱- [۱] وسائل الشيعه: الباب (۲) من أبواب كراهه العُزُوبه وترك التزويج والتسرّی، ح۳.

۲- الزوجيّه بين الرجل والمرأه بنفسها مرغوب فيها؛ لأنّها خروج عن الوحدهبتشكيل النظام العائلی، وتأسيس التعيّش على نحو الاشتراك، قال الله تعالى :(اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الجَنَّه)(البقره: ۳۵.). (الفانی)

۳- ليست الفائده المهمّه من النكاح كسر الشهوه البهيميّه قطعاً، بل فوائده لا تخفی،وكفی فائدةً بقاء النسل أو زيادته. (الكوه كَمَری).

۴- [۴] وسائل الشيعه: الباب (۱) من أبواب استحباب النكاح، ح۳.

۵- لا دليل على استحباب التعدّد، والآيه فی مقام تشريع أصل جواز التعدّد، وفعلالمعصومين : لا يدلّ عليه، كما لا يخفی، إلّا أن يلتزم بكون كلّ صادرٍ منهم :راجحاً، وفيه كلام فی علم الكلام. (المرعشی). * لمن احتاج إليه ولغيره أن تُعَنوَن بعنوانٍ آخر راجح، والآيه الكريمه فی مقامأصل التشريع فی الجمله، لا فی بيان استحباب التعدّد مطلقاً، واستحباب التسرّيمطلقاً أيضاً فيه كلام. (السبزواری).

قال تعالى(۱) : (فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِنَ آلنِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ)(۲). والظاهر

عدم اختصاص(۳) الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع، بل المستحبّ أعمّ

منهما ومن التَسَرِّى بالإماء.

حكم النكاح بالنظر إلى الطبيعه والطوارئ

(مسأله ۳) : المستحبّ هو الطبيعه، أعمّ من أن يقصد به القربه، أو لا، نعم عباديّته(۴) وترتّب الثواب عليه(۵) موقوفه على قصد القربه(۶) .

ص:۱۶۶

۱- فى دلاله الآيه الشريفه على استحباب أزيد من الواحده إشكال. (اللنكرانى).

۲- [۲] النساء: ۳.

۳- لا دليل على استحباب تعدّد التسرّى لغير المشتاق، وقد مرّ عدم تماميّهالاستدلال بفعلهم : فى أمثاله. (المرعشى).

۴- بالمعنى الأعمّ. (الكوه كَمَرى). * لا يصير عملُ عبادهٍ بمجرّد قصد القربه به، ففرق بين كون العمل طاعهً للموليوبين كونه عبادهً وطاعهَ غير الله فى مثل المباحات جائزه، ولكنّ عباده غيره تعاليمحرّمه، بل شرك، فالعباديّه معنىً خاصّ، وليس النكاح داخلًا فيها، نعم، لا بأسبإطلاق العباده عليه تجوّزاً أو بالمعنى الأعمّ. (الشريعتمدارى). * بالمعنى الأعمّ المصطلح لدى المتشرّعه. (المرعشى). * يعنى إطاعه أمره تعالى وامتثاله. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- أى بمعنى ترتّب الثواب عليه؛ لأنّ العبادات حقائق قصديّه، وليس كلّ ما يُؤتى بهامتثالاً لأمر الله عباده، اللهمّ إلّا بالمعنى الأعمّ. (الفانى) * ترتّب الثواب غير محتاجٍ إلى قصد القربه؛ إذ كيف يكون الاستحباب مطلقاً، معتقييد ترتّب الثواب، نعم، العباديّه متوقّفه بلا إشكال. (محمّد الشيرازى).

۶- إن قلنا بتقوّم الثواب بقصد القربه، وفيه بحث جدّاً وإن كان معروفاً، ثمّ إنّ المراد بالعباديّه فى المقام: العباديّه بمعنى الأعمّ، لا ما تَقَوَّمَ تحقّقها بقصد القربه.(السبزوارى).

(مسأله ۴) : استحباب النكاح إنّما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته. وأمّا بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسه :

فقد يجب بالنذر(۱) أو العهد(۲) أو الحلف، وفيما(۳) إذا كان مقدّمهً لواجبٍ(۴) مطلق(۵) ، أو كان فى تركه مظنّه

ص:۱۶۷

۱- مرّت المناقشه فى وجوب المنـذور بعنوانه الـذاتى، بل الواجب هو عنوان الوفاءبالنـذر، وإنّما ينطبق فى الخارج على المنـذور، والخـارج ليس ظرفَ تعلّق الوجوب،وكـذا الحـال فى العهـد واليمين، وكـذا فى سـائر أمثلته من كونه مقـدّمهً للواجب المطلقوما يتلوه؛ فإنّهـا مع ورود الإشـكال المتقـدِّم عليهـا أو على بعضـها تَرِدُ عليهـا إشـكالاتأُخر ليس المقـام مقتضـياً لبيانها. وكـذا الكلام فيالنكـاح المحرّم والأـمثله المـذكوره.وأمّا الزيـاده على الأـربع ونكـاح المحرّمـات عينـاً وجمعاً فإنّها محرّمات وضـعيّه،أى لا يقع النكـاح فيهـا، لاـ أنّه يقع محرّمـاً، وتـأتى المنـاقشه فى النكـاح المكروهبمـا ذكره أيضـاً. (الخمينى). * لا بعنوانه الأوّليّ الّـذى هو النكـاح؛ فـإنّ الوجوب الآتى من قبل النـذر وشـبههيكون متعلّقه الوفاء بالنـذر واُختيه، ولا يسـرى منه إلى العناوين الأوّليّه المتعلّقه للنذرونحوه، وهكذا الحال فى مقدِّمه الواجب وسائر الأمثله. (اللنكرانى).

۲- وجوبه بالعهد مبنىّ على الاحتياط. (تقى القمّى).

۳- فى جميع الفروع المذكوره إشكال. (تقى القمّى).

۴- بناءً على القول بوجوب المقدِّمه، وكذا فى ما كان مقدِّمهً للحرام. (محمّد الشيرازى).

۵- مقـدِّمه الواجب لاـ تكون واجبهً شـرعاً؛ إذ وجوبها العقلىّ ـ وهو حكم العقل ـبلابُـدّيّه إتيانها للتوصّل إلى الواجب الشـرعى كـافٍ فى رتبه الامتثـال، ولا مجالللإعمال المولويّه من قبل الشارع فى رتبه امتثال حكمه؛ وبـذلك يظهر أنّ مقـدِّمهالحرام ليسـت بحرام، ومقدّمه المكروه ليست بمكروه. (الفانى)

الضرر(۱) ، أو الوقوع(۲) فی الزِنا أو محرّمٍ آخر.

وقد یَحرُم(۳) ، کما إذا أفضی إلی الإخلال بواجبٍ من تحصیل علم واجب، أو ترک حقٍّ من الحقوق الواجبه، وکالزیاده(۴) علی الأربع(۵) .

ص:۱۶۸

۱- لا اعتبار بالظنّ فی غیر الضرر من الوقوع فی المحرّمات ما لم یطمئنّ به. (محمّدرضا الگلپایگانی). * أی الضرر البالغ الّذی یحرم تحمّله لا مطلقاً، وفی مثله یکفی خوف الضررالشامل لبعض مراتب الوهم بالشکّ. (محمّد الشیرازی).

۲- الظنّ بالوقوع فی الزنا أو محرمٍ آخَر إذا ترک النکاح لا یوجب صیرورته واجباً،إلّا إذا بلغ إلی حدّ الاطمئنان المتاخِم للعلم. (اللنکرانی).

۳- الأمر بالشیء لا یقتضی النهی عن ضدّه شرعاً، وکون فعل النکاح سبباً مفوّتاًللواجب حتّی تکون حرمته للتفویت باطل؛ لمنع السببیّه، بعد ما نری من أنّ ترکالواجب _ وهو عدم إخراجه إلی الوجود _ اختیاراً لیس معلولاً لفعل النکاح، فلاسببیّه. (الفانی) * یجری ما ذکرناه فی النذر وشبهه هنا أیضاً، وکذا فی المکروه. (اللنکرانی).

۴- الظاهر أنّ الفرض خارج عن المقسم. (صدرالدین الصدر). * عَدُّه کَعَدِّ المحرّمات الأبدیّه من أمثله المحرّم بالطوارئ ممنوع. (المرعشی). * الزیاده علی الأربع وسائر المحرّمات عیناً وجمعاً ممّن لا یصحّ نکاحها لیستفی عداد ما ذکر قبل ذلک ممّن یحرم نکاحها تکلیفاً، وکذا فی المنکوحه. (محمّد رضاالگلپایگانی).

۵- حرمتها وضعیّه أیضاً، کنکاح المحرّمات، بمعنی عدم وقوع نکاحها وفساده، لاـأنّه واقع، ولکنّه محرّم، کما فی المثالَین الأوّلَین. (الإصطهباناتی). * الزیاده علی الأربع لاـ یقع نکاحها، لاـ أنّه یقع ویکون محرّماً، کما فی سائرالأمثله، وکذا نکاح المحرّمات. (البروجردی). * النکاح الزائد علی الأربع فاسد فی نفسه، ولا یحرم إلّا تشریعاً. (عبدالهادی الشیرازی). * الزیاده علی الأربع لا یقع نکاحها، لا أنّه یقع ویکون محرّماً، کما فی سائرالأمثله، وکذا نکاح المحرّمات، نعم، یحرم کلّها بالتشریع. (عبدالله الشیرازی). * العقد علی الخامسه بما هو أمر إنشائیّ لیس بحرام تکلیفاً، نعم، هو فاسد، فترتیب أثرالزوجیّه علی هذا العقد حرام تکلیفاً؛ لکونها أجنبیّه ولو بعد العقد علیها. (الفانی) * بمعنی أنّه یقع فاسداً، فحرمتها وضعیه، ولیس من قبیل ما یعرض الحرمهبالعنوان الثانوی، بمعنی وقوعه صحیحاً محرَّماً. (الشریعتمداری). * ینبغی أن یکون هذا مثالاًـ لأصل بطلان النکاح، لا الحرمه التکلیفیّه، کما هو؛فی مقام بیانها. (السبزواری). * فی العباره مسامحه؛ فإنّ الزائده علی الأربع یکون نکاحها باطلاً، لا أنیصحّ ویکون محرّماً، وکذلک نکاح المحرّمات عیناً أو جمعاً، وکذا بالنسبهإلی المنکوحه. (زین الدین). * مع ترتیب آثار النکاح علیها، وإلّا تکون الحرمه حرمهً وضعیّه، لا تکلیفیّه، وکذابالنسبه إلی المنکوحه جمعاً أو عیناً. (حسن القمّی). * الظاهر أنّ الزیاده علی الأربع من المحرّمات الوضعیّه، ومعناها عدم وقوعالنکاح، لا وقوعه محرّماً، وکذا فی نکاح المحرّمات عیناً أو جمعاً. (اللنکرانی).

وقد یُکرَه، کما إذا کان فعله موجباً للوقوع فی مکروه.

وقد یکون مباحاً، کما إذا کان فی ترکه مصلحه(۱)

ص:۱۶۹

۱- التزاحم بین المستحبَّینِ فی رتبه الامتثال لا یستلزم انقلاب حکمهما إلی الإباحه؛لعدم الموجب. (الفانی)

معارضه(۱) لمصلحه فعله مساویه(۲) لها.

وبالنسبه إلی المنکوحه أیضاً ینقسم إلی الأقسام الخمسه :

فالواجب(۳) کمن یقع فی الضرر لو لم یتزوّجها، أو یبتلی بالزِنا معها لولا

تزویجها.

والمحرَّم نکاح المحرَّمات(۴) عیناً أو جمعاً.

والمستحبّ المستجمع للصفات المحموده فی النساء.

والمکروه النکاح المستجمع للأوصاف المذمومه فی النساء، ونکاح القابله المربّیه ونحوها. والمباح(۵) ما عدا ذلک.

مستحبات من أراد التزویج

(مسأله ۵) : یستحبّ(۶) . . . .

۱- ویُعبَّر عن مثل هذه الإباحه: بالإباحه القهریّه تارهً، واللا اقتضائیّه اُخری.(المرعشی).

۲- فی الحکم بالإباحه لذلک مسامحه غیر خفیّه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- عقلاً. (الفانی)

۴- الظاهر أنّ الفرض أیضاً خارج عن المقسم. (صدرالدین الصدر). * نکاح المحرّمات فاسد، ولا یحرم العقد علیهنّ إلّا تشریعاً. (عبدالهادی الشیرازی). * بحسب الحکم الوضعیّ، أی الفساد. (الفانی) * هذا أیضاً من المحرّمات الوضعیّه دون التکلیفیّه، إلّا إذا کان بنحو التشریع.(السبزواری).

۵- لا نتصوّر المباح إلّا مع التزاحم فی مقام الجعل. (تقی القمّی).

۶- لا بأس بالعمل بجمیعها رجاءً؛ لعدم الاطمئنان بمستندٍ کثیرٍ منها، بعدما أشرنامراراً بأنّ اتّکال المشهور علی روایهٍ لا تصلح لجبر سندها فی باب المستحبّات؛لاحتمال بنائهم علی إثبات الاستحباب بقاعده التسامح فی أدلّه السنن، وهکذا فیالمکروهات بملاحظه رجحان ترکها، کما لا یخفی. (آقاضیاء).

عند(۱) إراده(۲) التزويج(۳) اُمور(۴) :

منها(۵) : الخِطبه(۶) .

ومنهـا : صـلاه ركعتين عنـد إراده التزويـج قبل تعيين المرأه وخطبتها، والـدعاء بعـدها بالمأثور، وهو «اللهمّ إنّى اُريـد أن أتزوّج، فقدِّر لى من النساء

۱- الإتيان بالمستحبّات المذكوره برجاء المطلوبيّه أوفق بدرك الواقع؛ لعدم وضوحالمستند فى بعضها، وكذا ترك المكروهات برجاء الكراهه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * استحباب بعض ما ذكر فى هذه المسأله وفى المسائل الآتيه، وكذا كراهه ما ذُكِرفى المسائل الآتيه محلّ تأمّل يُؤتى بها رجاءً. (حسن القمّى).

۲- جمله من الآداب المذكوره فى المقام استحباباً أو كراههً مبتيّه على قاعدهالتسامح، أو بعنوان الرجاء. (الكوه كَمَرى).

۳- استحباب بعض هذه الاُمور من باب التسامح. (الشريعتمدارى).

۴- الأحوط رعايه تلك الاُمور وغيرها ممّا لم يتعرّض لها من المستحبّات بقصدالرجاء، لا الورود؛ لضعف الجُلّ صدوراً، أو دلالهً، أو جِههً. (المرعشى). * تسامحاً فى بعضها. (السبزوارى).

۵- بعض المستحبّات المذكوره فى هذه المسأله مبنىّ على قاعده التسامح، فاللازمأن يكون الإتيان بها برجاء المطلوبيّه، وكذا بعض المكروهات فى المسأله اللاحقهفيترك برجاء الكراهه، وكذلك سائر المستحبّات والمكروهات المذكوره فى هذاالفصل. (زين الدين).

۶- بكسر الخاء: الاستدعاء. (الفيروزآبادى).

أعفّهنّ فرجاً، وأحفظهنّ لی فی نفسها ومالی، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمهنّ برکه،

وقدِّر لی ولداً طیّباً تجعله خلفاً صالحاً فی حیاتی وبعد موتی»(۱).

ویستحبّ أیضاً أن یقول: أقررت بالّذی أخذ الله إمساک بمعروف أو تسریح بإحسان(۲).

ومنها : الولیمه یوماً أو یومین لا أزید؛ فإنّه مکروه، ودعاء المومنین(۳) .

والأولی کونهم فقراء، ولا بأس بالأغنیاء، خصوصاً عشیرته وجیرانه وأهل حرفته، ویستحبّ إجابتهم(۴) وأکلهم.

ووقتها بعد العقد، أو عند الزفاف لیلاً أو نهاراً.

وعن النبی صلی الله علیه و آله : «لا ولیمه إلّا فی خمس: عِرسٍ(۵) ، أو خُرْسٍ(۶) ، أو عِذارٍ(۷) ، أو

۱- [۱] المقنع للصدوق: ۳۰۲، النهایه ونُکتها للطوسی: ۴۸۰، الکافی للکلینی: ۵/۵۰۱، ح۲، الوسائل :الباب (۵۳) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱، مع اختلافٍ یسیرٍ فی الألفاظ.

۲- [۲] الکافی: ۵/۵۰۲، ح۵، الوسائل: الباب (۵۵) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۴. وفیهما (بالمیثاقالّذی) بدل (بالذی).

۳- أی طلبهم لحضور مجلس الولیمه. (الفیروزآبادی).

۴- مع عدم تسرّعهم إلی الذهاب؛ لقوله علیه السّلام : «إذا دُعِیتُم إلی الولائِم فأبطِئُوا، فإنّه تذکّرکمالدنیا...»(من لا یحضره الفقیه: ۱/۱۶۹، ح۴۹۵، الوسائل: الباب (۳۴) من أبواب الاحتضار وما یناسبه،ح۲، وفیهما: «إذا دُعیتم إلی الجنازه فأسرِعوا، وإذا دُعیتم إلی العرائس فأبطِئوا».) إلی آخره. (السبزواری).

۵- بکسر العین. (الفیروزآبادی).

۶- بضمّ الخاء وسکون الراء، والمراد: الولاده. (الفیروزآبادی).

۷- بکسر العین. (الفیروزآبادی).

وِكارٍ، أو رِكاز».(۱) العِرْس: التزویج، والخُرْس: النِفاس، والعِذار(۲) : الخِتان،

والوِكار: شراء الدار، والرِكاز: العَود من مكّه.

ومنها : الخِطبه أمام العقد بما یشتمل علی الحمد والشهادتین والصلاه علی النبیِّ صلی الله علیه و آله (۳) والأئمّه :، والوصیّه بالتقوی، والدعاء للزوجَین، والظاهر

كفایه اشتمالها علی الحمد والصلاه علی النبیّ وآله. ولا یبعد استحبابها أمام الخِطبه أیضاً.

ومنها : الإشهاد(۴) فی الدائم والإعلان به، ولا یُشترط فی صحّه العقد

عندنا.

ومنها : إیقاع العقد لیلاً(۵) .

المكروه عند إیقاع العقد

(مسأله ۶) : یُكرَه عند التزویج اُمور(۶) :

منها : إیقاع العقد والقمر فی العقرب، أی فی برجها، لا المنازل المنسوبه إلیها، وهی: القلب والإكلیل والزبانا والشوله.

۱- [۱] من لا یحضره الفقیه: ۱/۱۶۹، ح۴۹۵، الوسائل: الباب (۳۴) من أبواب الاحتضار وما یناسبه،ح۲، وفیهما: «إذا دُعیتم إلی الجنازه فأسرِعوا، وإذا دُعیتم إلی العرائس فأبطِئوا».

۲- بكسر العین. (الفیروزآبادی).

۳- بل الظاهر كفایه الحمد فقط أیضاً. (السبزواری).

۴- لعلّ استحبابه لا یختصّ بالدائم إذا كان مُعرِضاً لتولید الولد. (حسن القمّی).

۵- الظاهر ورود الخبر فی الزفاف، لا العقد. (المرعشی).

۶- قد تقدّم أنّ الأحوط رعایتها ورعایه غیرها المذكوره فی كتب السنن رجاءً.(المرعشی).

ومنها : إیقاعه یوم الأربعاء(۱) .

ومنها : إیقاعه فی أحد الأیّام(۲) المنحوسه(۳) فی الشهر، وهی الثالث،

والخامس، والثالث عشر، والسادس عشر، والحادی والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون.

ومنها : إیقاعه فی محاق الشهر، وهو اللیلتان(۴) أو الثلاث(۵) من آخر الشهر.

ترجیح جمله صفات للتزویج

(مسأله ۷) : یُستحبّ(۶) اختیار امرأهٍ تجمع صفات: بأن تکون بِکراً،

وَلُوداً، وَدُوداً(۷) ، عفیفه، کریمه الأصل، بأن لا تکون من زِناً أو حیضٍ أو

۱- النصّ الّذی وجدته خاصّ بالدخول فی لیله الأربعاء، لا ـ العقد، ولا ـ الزفاف بدون دخول، ولا ـ فی یوم الأربعاء. (محمّد الشیرازی).

۲- لم أجد به نصّاً فی هذه العُجاله، ولکنّ باب التسامح واسع. (محمّد الشیرازی).

۳- لم یقم دلیل یُعتدّ به علی ذلک وإن نُسِب إلی روایه(راجع الوسائل: الباب (۲۷) من أبواب آداب السفر، ح۱). (الکوه کَمَری). * لا دلیل مُعتدٌّ به علی ذلک، وإن نسب إلی الروایه. (الشریعتمداری). * لا دلیل یُعتدّ به علی الکراهه فیها. (المرعشی).

۴- النصوص مطلقه، ولا تخصّ اللیل. (محمّد الشیرازی).

۵- بل هو لیله أو لیلتان. (عبدالله الشیرازی).

۶- الحکم بالاستحباب لا یخلو من إشکال. (المرعشی).

۷- التذکیر من سهو القلم؛ إذ الوداد لیست من الصفات المختصّه بها کالولاده، والنبویّالمتضمّن لها ذکرت فیها مؤنّثه فی النسخ المصحّحه. (المرعشی).

شبهه، أو ممّن تنال الألسن آباءَها أو اُمّهاتها، أو مسّهم رقّ أو(۱) كفر أو فسق معروف. وأن تكون سَمراءَ(۲) عَيناءَ(۳) عَجزاءَ(۴) مربوعةً(۵) ، طيّبةَ الريح،

ورِمةَ الكعب(۶) ، جميلةً ذاتَ شَعْر، صالحةً تُعِين زوجها على الدنيا والآخره،

عزيزةً فی أهلها، ذليلةً مع بعلها، متبرّجةً مع زوجها، حَصاناً مع غيره.

فعن النبیّ صلی الله علیه و آله : «إنَّ خيرَ نسائكم: الوَلود الوَدود، العفيفه العزيزه فی أهلها، الذليله مع بعلها، المتبرّجه مع زوجها، الحِصان على غيره، الّتی تسمع قولَه وتُطيع أمره، وإذا خلا بها بذلت له ما يُريد منها، ولم تبذّل(۷) كتبذّل الرجل»(۸).

۱- فی كراهه تزوّج من مسّ بعض آبائها كفر أو رقّ تأمّل، بل إشكال. (محمّد الشيرازی).

۲- أی يضرب لونها إلى الحُمْره. (الفيروزآبادی).

۳- واسعه العين. (الفيروزآبادی).

۴- عظيمه كبيره الأليتين. (الفيروزآبادی).

۵- متوسّطه قامتها. (الفيروزآبادی).

۶- أسقط المصنّف من الخبر جزءاً، والخبر هكذا: رمّه الكعب، عظيمه الكُعثُب،والمراد من قوله الأوّل: «رمّه الكعب» أی خفیّ العظم النابت فی طَرَفی الساق منهايمينها وشمالها، ومن الثانی سمينه عريض فرجها. وضبط الكعثب بتقديم العين، كمافی المجمع(مجمع البحرين: ۴/۴۹، (ماده كعثب).) وبتقديم الثاء، كما فی القاموس(القاموس المحيط: ۱/۱۲۲، (ماده كثعب).). (الفيروزآبادی).

۷- أی تتصاون، فتمنع فی الجمله على الدَلال، كأنّها تشتهی وتُظهِر عدم المَيل.(الفيروزآبادی).

۸- [۸] الكافی: ۵/۳۲۴، الوسائل: الباب (۶) من أبواب مقدّمات النكاح، ح۲.

ثمّ قال: «ألا اُخبركم بشِرار نسائكم: الـذليله فی أهلها، العزیزه مع بعلها، العقیم الحَقُود، الّتی لا تـدرع(۱) من قبیح، المتبرِّجه(۲) إذا غـاب عنها بعلها، الحَصان معه إذا حضـر، لا تسـمع قوله، ولا تُطیع أمره، وإذا خلا بها بعلها تمنّعت منه، کما تمنع الصـعبه عن رکوبها، لا تقبل منه عُذراً، ولا تغفر له ذنباً»(۳).

الأخبار فی کراهه تزویج جمله من الرجال وما تحمل علیه

ویکره اختیـار العقیـم، ومَن تضـمّنته الخبـر المـذکور من ذات الصـفات المـذکوره الّتی یجمعها(۴) عـدم کونهـا نجیبـه. ویکره الاقتصار علی الجمال والثروه.

ویکره تزویج جملهٍ اُخری.

منها : القابله(۵) وابنتها للمولود.

ومنها: تزویج ضُرّهٍ کانت لاُمّه مع غیر أبیه.

ومنها : أن یتزوّج اُخت أخیه(۶) .

ومنها : المتولّده من الزنا(۷) .

۱- أی لا تجتنب. (الفیروزآبادی).

۲- أی الظاهره بالمَشی والسَوق. (الفیروزآبادی).

۳- [۳] الکافی: ۵/۳۲۵، ح۱، من لا یحضره الفقیه: ۳/۳۹۱، ح۴۳۷۶، تهذیب الأحکام: ۷/۴۰۰، ح۷،الوسائل: الباب (۷) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱، وفی المصادر الثلاثه الأخیره (عند رکوبها)بدل (عن رکوبها).

۴- لا یخفی أنّ عدم النَجابه لیس بجامعٍ لجمیع ما ذُکر. (المرعشی).

۵- المربّیه، کما تقدّم فی المسأله الرابعه. (زین الدین).

۶- أی من الرَضاعه. (الفیروزآبادی).

۷- قد مرّ منه الحکم بکراهه تزویج المتولّده من الزنا، ولا وجه للإعاده. (اللنکرانی).

ومنها : الزانيه(۱) .

ومنها : المجنونه.

ومنها : المرأه الحمقاء، أو العجوزه.

وبالنسبه إلی الرجـال: یکره تزویـج سَیِّئ الخلق، والمُخنَّث، والزِنـج، والأـکراد(۲) ، والخَزَر، والأـعرابیّ(۳) ، والفـاسق، وشارب الخمر.

مستحبّات الدخول علی الزوجه

(مسأله ۸) : مستحبّات الدخول(۴) علی الزوجه اُمور :

منها : الولیمه(۵) قبله أو بعده.

ومنها : أن یکون لیلاً؛ لأنّه أوفق بالسَتر والحیاء، ولقوله صلی الله علیه و آله : «زُفّوا عرائِسَکم لیلاً، وأطعِمُوا ضُحیً»(۶). بل لا یبعد استحباب الستر المکانی أیضاً.

۱- تراجع المسأله السابعه عشـره من فصل: لا یجوز التزویـج فی عـدّه الغیر. (زین الـدین). * إذا کانت معلِنهً لا یجوز تزویجها إلّا مع التوبه. (تقی القمّی).

۲- ولعـلّ بعض مـا ذُکر کان مختصّاً بزمن صـدور الروایه، کما ربّما یؤیّـده بعض العِللالمـذکوره فیها، کما فی الخَزَر، وبعض ما ذُکر لاختلاـف العـادات کثیراً ممّـا یؤدّیغالبـاً إلی الشـجار، ونحو ذلـک من الإرشادیّـات الّتی مـا أکثرهـا فی روایات الأـحکامغیر الإلزامیّه، کما هو ظاهر للمتتبّع فیها. (محمّد الشیرازی).

۳- أی أهل البادیه. (المرعشی).

۴- الکلام فی أکثر هذه الاُمور هو الکلام الّذی تقدّم مراراً. (المرعشی).

۵- وقد أطبق أهل القبله علی استحبابها، وإن اختلفوا فی بعض خصوصیّاتها.(المرعشی).

۶- [۶] الکافی: ۵/۳۶۶،ح۲،دعائم الإسلام للمغربی۲:/۲۱۰،من لایحضره الفقیه: ۳/۴۰۱، ح۴۴۰۳،تهذیب الأحکام: ۷/۴۱۸، ح۴۸، الوسائل: الباب (۳۷) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۲.

ومنها: أن یکون علی وضوء.

ومنها: أن یصلّی رکعتین، والدعاء بعد الصلاه _ بعد الحمد والصلاه علیمحمّدٍ وآله _ بالاُلفه وحسن الاجتماع بینهما، والأولی المأثور، وهو : «اللهمّ ارزقنی اُلفتها وودّها ورضاها بی، وأرضنی بها، واجمع بیننا بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف، فإنّک تحبّ الحلال وتکره الحرام»(۱).

ومنها : أمرها بالوضوء والصلاه، أو أمر من یأمرها بهما.

ومنها : أمر مَن کان معها بالتأمین علی دعائه ودعائها.

ومنها : أن یضع یده علی ناصیتها مستقبل القبله ویقول: «اللهمّ بأمانتک أخذتها، وبکلماتک استحللتُها، فإن قضیتَ لی منها ولداً فاجعله مبارکاً تقیّاً من شیعه آل محمّد صلی الله علیه و آله ، ولا تجعل للشیطان فیه شِرکاً ولا نصیباً»(۲) أو یقول: «اللهمَّ علی کتابک تزوَّجتها، وفی أمانتک أخذتها، وبکلماتک استحللت فرجها، فإن قضیت فی رحمها شیئاً فاجعله مُسلِماً سویّاً، ولا تجعله شِرکَ شیطان»(۳) ویکره الدخول لیله الأربعاء.

أکل ما ینثر فی الأعراس

(مسأله ۹) : یجوز أکل ما یُنثَر فی الأعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال،

۱- [۱] الکافی: ۵/۵۰۰، ح۱، دعائم الإسلام للمغربی: ۲/۲۱۱، ح۷۷۳، الوسائل: الباب (۳۷) منأبواب بقیّه الصلوات المندوبه، ح۱، مع اختلاف فی بعض الألفاظ.

۲- [۲] فقه الرضا: ۲۳۵، الکافی: ۵/۵۰۳، ح۵، الوسائل: الباب (۵۵) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۲،مع اختلافٍ فی بعض الألفاظ.

۳- [۳] الکافی: ۵/۵۰۱، ح۳، تهذیب الأحکام: ۷/۴۰۷، ح۱، الوسائل: الباب (۵۳) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱.

إن كـان عامّاً فللعموم، وإن كان خاصّاً فللمخصوصـين. وكـذا يجوز(١) تملّكه مع الإـذن فيه(٢) ، أو بعـد الإعراض(٣) عنه(۴) فيُملَك، وليس لمالكه الرجوع فيه(۵) وإن كان عينه موجوداً. ولكنّ الأحوط لهما

١- فيه تأمّل. (اللنكرانى).

٢- الإـذن فى التملّـك ممّـا لاـ محصّـل له؛ فـإنّ التمليـك والتملّك من ذوات الأسـباب الّتيلا تحصل إلّا بأسـبابها الخاصّه شـرعاً، والإـذن بالتملّـك ليس من الأسـباب الشـرعيّه،فلو قال لك رجل: «تَمَلَّك دارى»، فقلت: «تملّكتُها» لم تحصل الملكيّه قطعاً، نعم، لهـأن يوكّلـك على تمليكها لك عنه، فتجرى بيعاً أو صـلحاً بالوكاله عنه. أمّا نثارالأعراس وما يُبـذَل من الطعام فى الولائم فليس فيه شـىء من ذلك، وإنّما هو إباحهصرفه، أو إذن فى الإتلاف فقط، فله الرجوع مع بقاء عينه قطعاً، ولا يجوز له بيعهوأخذ عوض عنه. (كـاشف الغطـاء). * ولو بشاهـد الحـال. (المرعشـى). * ولو من شاهـد الحـال. (السبزوارى). * الإـذن فى التملّك ليس من المملكات شرعاً، فلا اعتبار به إلّا أن يرجع إلى نحومن التمليك، أو إلى الإعراض، كما هو غير بعيد. (زين الدين).

٣- بناءً على خروج المُعرَض عنه عن ملك المعرِض بالكسـر. (المرعشـى). * هذا مبنىّ على كون الإعراض عن الشىء مُخرِجاً له من الملك، كما لا يبعـد؛وعليه فيصحّ التملّك للعموم. (محمّد رضا الگلپايگانى). * التملّك بمجرّد الإعراض بلا إذنٍ فيه، وكذا عدم جواز الرجوع على فرض صحّهالتملّك محلّ إشكال. (حسن القمّى).

۴- بناءً على أنّه يوجب زوال مُلك مالكه. (السبزوارى).

۵- فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوئى). * لا يُترك الاحتياط. (زين الدين). * فيه تأمّل. (الروحانى).

مراعاه الاحتياط(۱) .

مستحبّات ومكروهات الجماع

(مسأله ۱۰) : يُستحبّ عند الجماع الوضوء، والاستعاذه، والتسميه، وطلب الولد الصالح السوىّ، والدعاء بالمأثور، وهو أن يقول: «بسم الله وبالله، اللهمَّ جنّبنى الشيطان، وجنّب الشيطان ما رزقتنى»(۲)، أو يقول: «اللهمّ بأمانتك أخذتها» إلى آخر الدعاء السابق، أو يقول: «بسم الله الرحمن الرحيم، الّذى لا إله إلّا هو، بديعُ السماوات والأرض، اللهمّ إن قضيتَ منّى فى هذه الليله خليفةً فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظّاً، واجعله مومناً مخلِصاً مصفّىً من الشيطان ورجزه، جلَّ ثناوك»(۳). وأن يكون فى مكانٍ مستور.

أوقات كراهه الجماع

(مسأله ۱۱) : يُكرَه(۴) الجماع: ليله خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس،

وفى الليله واليوم اللذَين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الّذى فيه الزلزله، بل فى كلّ يومٍ أو ليلهٍ حَدَثَ فيه آيه مخوفه.

وكذا يُكره عند الزوال، وعند غروب الشمس حتّى يذهب الشَفَق، وفى

۱- لا ينبغى تركه. (المرعشى).

۲- [۲] الكافى: ۵/۵۰۳، ح۳، مسند أحمد: ۱/۲۸۶، صحيح البخارى: ۴/۹۴، الوسائل: الباب (۶۸) منأبواب مقدّمات النكاح، ح۳.

۳- [۳] الكافى: ۵/۵۰۱، ح۲، الوسائل: الباب (۶۸) من أبواب مقدّمات النكاح، ح۴.

۴- الكلام فيه هو الكلام فى أضرابه، وقد تقدّم مراراً، والأظهر أنّ أكثر ما ذكره منهيّإرشاداً. (المرعشى).

المَحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفى أوّل ليلهٍ من كلّ شهر، إلّا فى الليله الاُولى من شهر رمضان فإنّه يُستحبّ فيها، وفى النصف من كلّ شهر، وفى السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامه، وفى ليله الأضحى.

ويُكره فى السفينه، ومستقبِل القبله ومستدبِرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو عُريان، وعقيب الاحتلام قبل الغُسل أو الوضوء(١) ، والجماع

وهو مختضِب أو هى مختضِبه، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجره المثمِره، وعلى سُقُوف البُنيان، وفى وجه الشمس إلّا مع السَتر.

ويكره أن يجامع وعنده مَن ينظر إليه ولو الصبىّ الغير المميّز، وأن ينظر إلى فرج الامرأه حال الجماع، والكلام عند الجماع إلّا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شىء من القرآن.

جمله من سنن النكاح وآدابه

ويُستحبّ الجماع ليله الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعه، ويوم الخميس عند الزوال(٢) ، ويوم الجمعه بعد العصر. ويستحبّ عند مَيلِ الزوجه

إليه.

(مسأله ١٢) : يُكره للمسافر أن يَطرُقَ أهله ليلاً(٣) حتّى يُصبِح.

(مسأله ١٣) : يُستحبّ السعى فى التزويج والشفاعه فيه بإرضاء الطرَفَين.

١- لم نقف للوضوء على مستند، سوى فتوى بعض الفقهاء به، كصاحب الشرائع قدّس سرّه .(زين الدين).
٢- بل بعده، وأمّا عنده فلم أرَ دليلها.(الخمينى).
٣- مع عدم علمهم قبلاً بوروده فى الليل، وعدم تهيئتهم له. (السبزوارى). * إلّا مع الإعلام بذلك، أو الاطّلاع عليه. (اللنكرانى).

(مسأله ۱۴) : يُستحبّ تعجيل تزويج البنت وتحصينها بالزوج عند بلوغها، فعن أبى عبدالله عليه السّلام : «مِن سعاده المرء أن لا تَطمُثَ ابنته فى بيته»(۱).

(مسأله ۱۵) : يُستحبّ حبس المرأه(۲) فى البيت فلا تخرج إلّا لضروره،

ولا يدخل عليها أحد من الرجال(۳) .

(مسأله ۱۶) : يُكره تزويج الصغار قبل البلوغ.

(مسأله ۱۷) : يُستحبّ تخفيف موونه التزويج وتقليل المهر.

(مسأله ۱۸) : يُستحبّ ملاعبه الزوجه قبل المواقعه.

(مسأله ۱۹) : يجوز للرجل تقبيل أىّ جزءٍ من جسد زوجته، ومسّ أىّ جزءٍ من بدنه ببدنها.

(مسأله ۲۰) : يُستحبّ اللبث وترک التعجيل عند الجماع.

(مسأله ۲۱) : يُكره المجامعه تحت السماء.

(مسأله ۲۲) : يُستحبّ إكثار الصوم، وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع مَيله وعدم طَوله.

(مسأله ۲۳) : يُستحبّ خلع خفّ العَروس إذا دخلت البيت، وغسل رجليها، وصبّ الماء من باب الدار، إلى آخرها.

۱- [۱] الكافى: ۵/۳۳۶، ح۱، من لا يحضره الفقيه: ۳/۴۷۲، ح۴۶۴۷، الوسائل: الباب (۲۳) من أبوابمقدّمات النكاح، ح۱.
۲- فيما لا ينافى العشره بالمعروف المأمور بها، ولا ينافى سيره المعصومين : معزوجاتهم. (محمّد الشيرازى).
۳- أى الأجانب، لا المَحارِم. (محمّد الشيرازى).

(مسأله ۲۴) : یُستحبّ(۱) منع(۲) العَروس(۳) فی أُسبوع العرس من الألبان والخَلّ والكَزبره والتُفّاح الحامض.

(مسأله ۲۵) : یُكره اتّحاد خرقه الزوج والزوجه عند الفراغ من الجماع.

النظر إلی المرأه لمن یرید تزویجها

(مسأله ۲۶) : یجوز لمن یرید تزویج امرأهٍ(۴) أن ینظر إلی وجهها وكفیّها

وشعرها(۵) ومحاسنها(۶) . بل لا یبعد(۷) جواز النظر إلی سائر جسدها(۸)

۱- مع الدخول بها. (صدرالدین الصدر).

۲- الظاهر الاختصاص بالمدخوله. (المرعشی).

۳- یعنی بعد الدخول بها. (زین الدین).

۴- لیست فی حَباله أحد(أی فی مِلكه وتحته.)، ولا فی عِدّته. (المرعشی).

۵- الأحوط الاقتصار علی الوجه. (عبدالله الشیرازی). * الأحوط الاقتصار علی الوجه والكفّین. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- الأحوط إن لم یكن أقوی هو الاقتصار علی الوجه والكفّین. (البروجردی).

۷- بل بعید، والأحوط الترك. (صدرالدین الصدر).بل هو الأقوی بعد ما كانت مبتاعهً بأغلی الثمن، والمناقشه فی بعض النصوص أوتقییدها ضعیفه، والتفصیل فی المبسوطات. (المرعشی). * بل الأظهر اختصاص جواز النظر بالوجه والیدین، بما فیهما المِعصَم والشَعَروالساقَین. (الخوئی).

۸- یشكل ذلك، فلا یُترك الاحتیاط. (زین الدین). * فی الجواهر(جواهر الكلام: ۲۹/۶۷.): فلا محیص للفقیه الّذی كشف الله تعالی عن بصیرته عن القولبجواز النظر إلی جمیع جسدها، وهو متین. (الروحانی).

ماعدا عورتها، وإن كان الأحوط خلافه(۱) . ولا يشترط أن يكون(۲) ذلك

بإذنها ورضاها، نعم، يشترط(۳) أن لا يكون بقصد التلذّذ وإن علم أنّه يحصل بنظرها قهراً. ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض، وهو الاطّلاع على حالها بالنظر الأوّل، ويشترط أيضاً(۴) أن لا يكون مسبوقاً بحالها(۵) وأن يحتمل اختيارها(۶) وإلّا فلا يجوز.

۱- كما أنّ الأحوط الاقتصار على الوجه والكفّين. (الحائری). * لا يُترک؛ لعدم تماميّه المستند فی قبال عمومات حرمه النظر إلى الأجنبيّه(الوسائل: الباب (۱۰۴) من أبواب مقدّمات النكاح، أحاديث الباب.).(آقا ضياء). * لا يُترک. (الكوه كَمَری، الإصطهباناتی، الشريعتمداری، السبزواری). * لا يُترک جدّاً. (عبدالله الشيرازی).

۲- بشرط احتمال قبولها التزويج معه احتمالاً عقلائيّاً. (المرعشی).

۳- على الأحوط. (تقی القمّی). * كما أنّه يشترط أيضاً خُلُوّ المرأه عن المانع، فلا يجوز النظر إلى المرأه ذات البَعلوالمعتدّه. (اللنكرانی).

۴- ويشترط أيضاً أن تكون المرأه خَلِيّهً عن المانع، فلا يجوز النظر إلى ذات البَعلوالعِدّه. (الخمينی).

۵- بشرط أن لا يكون تجديد النظر إليها موجباً لزياده البصيره، فيجوز فی هذهالصوره. (الفانی).

۶- أي اختياره إيّاها، وكذا يشترط أن يحتمل اختيارها إيّاه. (اللنكرانی).

ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها(۱) بالخصوص، أو كان قاصداً

لمطلق التزويج، وكان بصدد تعيين الزوجه بهذا الاختبار(۲) ، وإن كان

الأحوط(۳) الاقتصار(۴) على الأوّل(۵) .

وأيضاً لا ـ فرق بين أن يمكن المعرفه بحالها بوجهٍ آخر من توكيل امرأةٍ تنظر إليها وتُخبِره أو لا؟ وإن كان الأحوط الاقتصار(۶) على الثانی.

نظر المرأه إلی الرجل الّذی يريد تزويجها

ولا يبعد جواز نظر(۷) . . . .

۱- واختيارها مع موافقتها لطبعه. (الفيروزآبادی).

۲- مع احتمال اختيارها(وفی نسخهٍ اُخری: (اختبارها)، والصحيح ما أثبتناه من نسختی الأصل.) بالخصوص. (محمّـد رضا الگلپايگانی).

۳- لا يُترک. (البروجردی، اللنکرانی).

۴- لا يُترک. (الإصفهانی، الکوه کَمَری، الإصطهباناتی، عبدالهادی الشيرازی، عبدالله الشيرازی). * بل الأقوی. (صدرالدين الصدر). * لا يُترک، وکذا ما بعده. (السبزواری).

۵- لا ـ يُترک. (الخمينی، حسن القمّی). * هـذا الاحتياط لا يُترک؛ لأنّ الإذن ورد فی الروايات بالنسبه إلی الّتی أرادتزويجها، لا الّتی إذا اختارها يتزوّجها. (البجنوردی). * بل الأقوی ذلک(وفی نسخهٍ اُخری: (لا يُترک الاحتياط).). (الخوئی).

۶- لا ينبغی ترکه. (الکوه کَمَری).

۷- فيه إشکال. (عبدالهادی الشيرازی).

المرأه(۱) أیضاً(۲) إلی الرجل الّذی یرید تزویجها، ولکن لا یُترک الاحتیاط(۳) بالترک.

وکذا یجوز النظر إلی جاریهٍ یرید شراءَها وإن کان بغیر إذن سیّدها، والظاهر اختصاص ذلک بالمشتری لنفسه، فلا یشمل الوکیل(۴) والولیّ

والفضولیّ. وأمّا فی الزوجه فالمقطوع هو الاختصاص.

النظر إلی نساء أهل الذمّه وسائر الکفّار

(مسأله۲۷) : یجوز النظر إلی نساء أهل الذمّه(۵) ، بل مطلق الکفّار مع(۶) عدم التلذّذ والریبه(۷) ، أی خوف الوقوع فی الحرام(۸) ، والأحوط الاقتصار(۹) . . . .

ص:۱۸۶

۱- فیه إشکال. (الخوئی). * وهو موضع تأمّل. (زین الدین).

۲- فیه إشکال. (عبدالله الشیرازی، الروحانی).

۳- بل لا یخلو من قوّه. (صدرالدین الصدر). * بل عدم الجواز لا یخلو من قوّه. (البروجردی). * لا یُترک. (عبدالله الشیرازی). * هذا الاحتیاط یجوز ترکه. (محمّد الشیرازی).

۴- علی الأحوط فی غیر الفضولیّ وفیه، فالأقوی عدم الشمول. (محمّد الشیرازی).

۵- لخروجهنّ عن آیه الغضّ بالدلیل. (المرعشی).

۶- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۷- والأحوط أن لا یکون النظر مقصوداً أصلیّاً. (الحائری). * وخوف الافتتان. (المرعشی).

۸- أو المیل للوقوع فی محرم مع المنظور، وإن لم یخف الوقوع فیه. (زین الدین).

۹- لا یُترک الاحتیاط. (الحائری). * لا یُترک. (الکوه کَمَری).

على المقدار الّذى جرت(۱) عادتهنّ(۲) على عدم ستره(۳) . وقد يلحق بهم نساء أهل البوادى والقُرى من الأعراب وغيرهم(۴) ، وهو مشكل(۵) .

نعم، الظاهر عدم حرمه التردّد فى الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع(۶)

ص:۱۸۷

۱- فى الأزمنه السابقه. (عبدالله الشيرازى).

۲- فى الأزمنه السابقه. (البروجردى، الروحانى). * فى زمان صدور النصوص إذا اُحرز، وفى صوره الشكّ لا يُترك الاحتياط بالترك.(المرعشى). * والأحوط الاقتصار على ما كانت عادتهنّ على عدم سَتره فى زمان النبى صلى الله عليه و آله والأئمّه :، وأمّا ما استُحدِث فى زماننا من عدم سَتر المحاسن فالأحوط تركالنظر. (محمّد رضا الگلپايگانى). * المناط على عاده ذوات العفّه والنجابه فى الأزمنه القديمه، لا عاده المتبرّجاتمطلقاً. (السبزوارى). * فى الزمان السابق ــ قبل هذا القرن ــ من مقدار الوجه والكفّين وبعض الذراعين،وبعض الشعر والقدَمَين. (محمّد الشيرازى).

۳- بل الاقتصار على ما جرت عادتهنّ على عدم ستره فى زمان الرسولوالأئمّه :، لا فى الأزمنه الحاضره. (زين الدين).

۴- بل لا يجوز فى غير الرأس والشعر، وفيهما لا مانع منه. (عبدالله الشيرازى).

۵- لا يبعد الإلحاق. (الفانى). * لا إشكال فيه. (الخوئى). * لكنّ الأظهر جواز الترک. (حسن القمّى). * لا وجه للإشكال. (تقى القمّى).

۶- مع التصميم على ترک النظر العمدىّ. (المرعشى).

النظر(۱) علیهنّ. ولا یجب غضّ البصر(۲) إذا لم یکن هناک خوف افتتان(۳) .

نظر کلّ من الرجل والمرأه لمماثله

(مسأله ۲۸) : یجوز لکلٍّ من الرجل والمرأه النظر إلی ما عدا العوره من مماثله، شیخاً أو شابّاً، حسن الصوره أو قبیحها، ما لم یکن بتلذّذٍ أو ریبه(۴) .

نعم، یکره کشف المسلمه بین یَدَی الیهودیّه والنصرانیّه، بل مطلق الکافره(۵) ، فإنّهنّ یصفن ذلک لأزواجهنّ. والقول بالحرمه للایه، حیث قال

تعالی: (أَوْ نِسَائِهِنّ)(۶)، فخصّ بالمسلمات ضعیف؛ لاحتمال کون(۷) المراد من نسائهنّ الجواری(۸) والخدم لهنّ من الحرائر.

ص:۱۸۸

۱- مع توطین النفس علی ترک النظر عمداً، والصرف علی تقدیر وقوعه اتّفاقاً. (محمّدرضا الگلپایگانی).

۲- إن کان فیه الحرج، وهو المناط، لا خوف الافتتان. (الفیروزآبادی). * محلّ تأمّل إذا کان عالماً بوقوع النظر علیهنّ. (البروجردی). * مع عدم التعمّد فی مقدّمات النظر. (السبزواری).

۳- أو تلذّذ أو ریبه، کما تقدّم فی نظیره. (زین الدین).

۴- أو خوف افتتان. (محمّد الشیرازی).

۵- وهو الأقوی بالمناط المنقّح. (المرعشی).

۶- النور: ۳۱.

۷- ویحتمل کون المراد بهنّ: الأرحام. (المرعشی). * هذا الاحتمال ضعیف جدّاً؛ إذ الظاهر أنّ المراد من نسائهنّ: الحرائر بقرینه قولهتعالی: (أَوْ مَا مَلَکَتْ أَیْمَانُهُنَّ)(النور: ۳۱.). (الخوئی).

۸- أو مطلق النساء، کما احتمله بعض المفسّرین. (محمّد رضا الگلپایگانی). * أو مطلق النساء أو الأرحام مثل العمّه والخاله. (اللنکرانی).

حلّيه كلّ المرأه لزوجها والرجل لزوجته

(مسأله ۲۹) : يجوز لكلٍّ من الزوج والزوجه النظر إلى جسد الآخر حتّى العوره، مع التلذُّذ وبدونه، بل يجوز لكلٍّ منهما مسّ الآخر(۱) بكلّ عضوٍ منه

كلّ عضوٍ من الآخر مع التلذّذ وبدونه.

نظر الخنثى إلى الذكر وبالعكس

(مسأله ۳۰) : الخنثى(۲) مع الاُنثى(۳) كالذكر(۴)، ومع الذكر(۵) كالاُنثى(۶).

حكم النظر إلى الأجنبيّه وهى إلى الأجنبى وحكم الوجه والكفّين

(مسأله۳۱) : لا يجوز النظر إلى الأجنبيّه، ولا للمرأه النظر إلى الأجنبيّ(۷) من غير ضروره، واستثنى

۱- وإدخاله. (الفيروزآبادى).

۲- فى إطلاق التشبيه فى المقامين إشكال؛ للتخلّف فى بعض الأحكامكالنظر، فيجوز لكلٍّ من الرجل والمرأه النظر إلى الخُنثى، فتدبّر فى الأحكامالمرعيه من كلّ جانبٍ بالنسبه إلى الجانب الآخر، ولعلّ المصنّف ؛ أرادتكليف الخنثى مع الابتلاء بأحدهما، لا تكليفهما بالنسبه إليه، وإن كان ظاهرالعباره الإطلاق. (الفيروزآبادى).

۳- أى فى معاملتها مع الاُنثى والذكر، لا معاملتها معها، وإن كان الأحوط لهماذلك. (الخمينى).

۴- فى صوره الابتلاء بطرفَى العلم. (المرعشى). * بناءً على كون العلم الإجمالىّ منجّزاً بالجمله. (تقى القمّى).

۵- إذا لم يكن حرجيّاً، ولكنّه حرجىّ فلا يجب الاحتياط. (عبدالله الشيرازى).

۶- على الأحوط. (محمّد الشيرازى). * وهما معها كمماثلهما. (اللنكرانى).

۷- ولا يبعد الجواز، مثل الوجه والرأس والرقبه واليدين والرجلين ممّا جرت عليهالسيره فى عهد المعصومين : من غير منعٍ ظاهر. (محمّد الشيرازى). * الظاهر جواز نظرها إلى مثل الرأس، والوجه، والرقبه، واليدين إلى الذراع،والساقين من الرجل؛ للسيره المتشرّعيّه القطعيّه. (الروحانى).

جماعه(۱) الوجه والکفّین، فقالوا بالجواز فیهما(۲) مع عدم الریبه والتلذّذ،

وقیل(۳) بالجواز فیهما مرّه، ولا یجوز تکرار النظر، والأحوط(۴) المنع(۵) مطلقاً(۶) .

۱- [۱] تحریر الأحکام: ۳/۴۱۹، جامع المقاصد للکرکی: ۱۲/۴۱، کفایه الأحکام للسبزواری: ۲/۸۴،کشف اللثام للفاضل الهندی: ۷/۲۵، ریاض المسائل للسیّد الطباطبائی: ۱۰/۶۷.

۲- وهو الأقوی. (الفیروزآبادی). * وهو الأقوی بحسب الدلیل، والأظهر عدم وجوب التستّر علیها بالنسبه إلیهماأیضاً. (الروحانی). * الضمیر راجع إلی الوجه والکفّین دون الرجل والمرأه، وإن کان القائل بالجوازمطلقاً أو فی الجمله لم یفرِّق بینهما، وظاهر العباره أیضاً یُعطِی ذلک، إلّا أنّه علیتقدیر ثبوت الاستثناء فی المرأه _ کما هو غیر بعیدٍ _ لا ملازمه بینها وبین الرجل،والإجماع غیر ثابت. (اللنکرانی).

۳- [۳] تحریر الأحکام: ۳/۴۱۹، إیضاح الفوائد: ۳/۷، شرائع الإسلام: ۲/۴۹۵، جامع المقاصد :۱۲/۳۲، کشف اللثام (ط. ج): ۷/۲۵.

۴- بل الأقوی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * لا یُترک هذا الاحتیاط. (زین الدین).

۵- بل لا یخلو من قوّه. (عبدالله الشیرازی). * مراعاه هذا الاحتیاط حَسَن جدّاً. (الفانی). * بل هو الأقوی، والتفصیل موکول إلی محلّه. (المرعشی). * بل لا یخلو من قوّه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- لا یُترک. (الکوه کَمَری، الإصطهباناتی). * ولکنّ الأقوی الجواز مع عدم الریبه مطلقاً. (کاشف الغطاء). * وإن کان الجواز لا یخلو من قرب. (الخمینی). * وکذا الأحوط ترک نظر الأجنبیّه إلی وجه الأجنبیّ وکفّیه. (السبزواری). * إذا کان موضع افتتان، أو کان فی الوجه والکفّین زینه. هذا، وقد تقدّم من الماتن قدّس سرّه فی أوّل السَتر والساتِر الاحتیاط الاستحبابیّ فی سَترهما. (محمّدالشیرازی).

النظر إلى المحارم

(مسأله ۳۲) : يجوز النظر إلى المحارم الّتى يحرم عليه نكاحهنّ، نسباً أو رَضاعاً(۱) أو مُصاهره، ما عدا العوره مع عدم تلذّذٍ وريبه وكذا نظرهنّ إليه.

نظر السيّد إلى مملوكته

(مسأله ۳۳) : المملوكه كالزوجه(۲) بالنسبه إلى السيّد(۳) إذا لم تكن(۴) مشركةً(۵) ، . . . .

ص:۱۹۱

۱- يختصّ الحكم المذكور بالمحارم الرَضاعيّه الّتى نُزِّلت بمنزله محارم النَسَب، ولايعمّ ما ثبت تحريمه بقاعده يحرم على أب المرتضع أن ينكح فى أولاد صاحباللبن أو أولاد المرضعه، فلا يجوز له النظر إليهنّ، ويختصّ الحكم بمحارم المصاهرهالّتى نشأت الحرمه فيها من جهه الزوجيّه، فلا يعمّ ما نشأت الحرمه فيها من جههالزنا أو اللواط، وهو واضح، وإطلاق العباره فى المتن وغيره غير مراد. (زين الدين).

۲- الظاهر أنّ المراد هو التشبيه فى جواز النظر، لا فى جواز الوطء؛ وعليه فاستثناءالمذكورات محلّ تأمّل. (اللنكرانى).

۳- فى جواز نظر كلٍّ منهما إلى الآخر. (صدرالدين الصدر).

۴- الاستثناء من جواز الوطء، لا جواز النظر. (المرعشى). * على الأحوط فى المشتركه والمشرِكه والوثنيّه والمرتدّه والمكاتبه، وهو فيالزوجه لا يخلو من قوّه، وفى معناها المحلّله، وكذا المعتدّه من وطء التزويجوالتحليل على الأحوط. (زين الدين).

۵- هذا الاستثناء يحتاج إلى التأمّل والمراجعه. (الخمينى). * هذه الاستثناءات تحتاج إلى المراجعه. (الإصفهانى). * لم يظهر وجه الاشتراط بعدم كونها مشركةً أو وثنيّةً أو مرتدّه، وكان اللازمالاشتراط بعدم كونها ذاتَ عِدّه أيضاً. (الخوئى). * يجوز للسيّد النظر إلى أمته المشركه والوثنيّه والمزوّجه والمكاتَبه ما لم ينعتقمنها شىء، وكذا المرتدّه، فاستثناء المذكورات إنّما يصحّ من جواز الوطء فى غيرالمكاتبه قبل انعتاق شىءٍ منها، فإنّ الظاهر فيها جواز الوطء أيضاً، وتلحق بما ذكرفى عدم جواز الوطء: المعتدّه من غير السيّد تزويجاً أو تحليلاً أو شبهه، وأمّاالمحلّله قبل وطء المحلّل له فيجوز للسيّد وطوها بالرجوع من تحليله، وأمّا بعدالوطء فهى معتدّه من غير السيّد، وقد مرّ الحكم فيها. (محمّد رضا الگلپايگانى). * الاستثناء بنحو الإجمال بالنسبه إلى الوطء صحيح، وأمّا بالنسبه إلى جواز النظربعدُ لم يظهر وجهه، نعم، اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عدّهٍ على قوّه، أو عليالاحتياط، وكذا المحلّله بعقد التحليل. (عبدالله الشيرازى). * استثناء المشركه والوثنيّه والمرتدّه إنّما يكون من جهه ما ادّعاه جماعه منالتلازم فى الأمه بين جواز النكاح ذاتاً والنظر، وإذا لم يَجز نكاحها ذاتاً لم يَجز النظرإليها، وحيث إنّه لم يدلّ دليل على ذلك فالأظهر عدم الاستثناء. (الروحانى).

أو(۱) وثنيّه(۲)، . . . .

ص:۱۹۲

۱- علی ما أرسله بعضهم إرسال المسلّمات، لکن ما ظفرنا علی نصٍّ یدلّ علیالاستثناء إلّا فی المزوّجه. (حسن القمّی).

۲- هذا الاستثناء بالنسبه إلی جواز الوطء، لا بالنسبه إلی جواز النظر.(الإصطهباناتی). * استثناوها إنّما هو من جواز الوطء، لا من جواز النظر. (البروجردی). * هذا الاستثناء فی هاتین بالنسبه إلی الوطء، وأمّا بالنسبه إلی جواز النظر فمحلّتأمّل، إلّا إذا کان بینهما ملازمه، کما توهّم. (البجنوردی). * فلا یجوز وطؤهما وإن جاز النظر إلیهما. (الشریعتمداری). * إثبات ذلک بالدلیل مشکل، فراجع الباب (۱۶) من أبواب ما یکتسب به والباب(۶۹) من أبواب نکاح العبید والإماء من الوسائل، وأمّا جواز النظر إلیهما فلا إشکالفیه قطعاً. (الفانی).

أو مزوّجه(۱) ، أو مكاتَبه، أو مرتدّه(۲) .

(مسأله ۳۴) : يجوز النظر إلى الزوجه المعتدّه بوطء الشبهه وإن حرم وطوها، وكذا الأمه كذلك، وكذا إلى المطلّقه الرجعيّه ما دامت فى العِدّه ولو لم يكن بقصد(۳) الرجوع(۴) .

۱- أو معتدّه. (الإصطهباناتى). * أو معتدّه بعدّه تزويجها للغير على الأقوى، أو محلّله للغير بعقد التحليل علىالأحوط، بل وكذا المعتدّه من الوطء بالتحليل أو الشبهه. (البروجردى). * أو فى عدّه الغير. (الفانى). * أو محلّله أو معتدّه بالدخول العقدىّ أو التحليلىّ أو الشبهه. (المرعشى).

۲- أو معتدّه، كلّ ذلك وطئاً، لا نظراً، ولابدّ من التأمّل فى هذه الحاشيه فى أحكامالعبيد والإماء. (السبزوارى). * على الأحوط. (محمّد الشيرازى).

۳- ولا ـ يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذّذ. (جمال الدين الگلپايگانى). * فى تحقّق الرجوع بمجرّد النظر المقصود به الرجوع إشكال، والأقوى عدمه فيصوره عدم التلذّذ. (المرعشى).

۴- فيه تأمّل. (الفيروزآبادى). * ولا ـ يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذّذ. (النائينى). * ولكنّ ترتّب الرجوع عليه مع عدم التلذّذ والشهوه محلّ تأمّل. (حسن القمّى).

موارد الاستثناء من الحرمه فی الأجنبی والأجنبیّه

(مسأله ۳۵) : یُستثنی من عدم جواز النظر من الأجنبیّ والأجنبیّه مواضع :

منهـا : مقام المعالجه، وما یتوقّف علیه من معرفه(۱) نبض العروق(۲) ، والکسـر، والجرح، والفصد والحجامه، ونحو ذلک إذا لم یمکن(۳) بالمماثل(۴) ، بل یجوز المَسّ واللَمس حینئذٍ(۵) .

ومنها : مقام الضروره، کما إذا توقّف الاستنقاذ(۶) من الغَرق أو الحَرق أو

نحوهما علیه، أو علی المسّ.

ومنها : معارضه کلّ ما هو أهمّ فی نظر الشارع مراعاته، من مراعاه حرمه النظر أو اللَمس.

ومنها : مقام الشـهاده تحمّلاً أو أداءً مع دعاء الضـروره، ولیس منها ما عن العلّامه(۷) من جواز النظر إلی الزانیین لتحمّل الشـهاده، فالأقوی عدم(۸)

۱- إذا اضطرّ إلیه ولم یمکن المعرفه من طریقٍ آخر. (اللنکرانی).

۲- مع عدم الإمکان بمثل الآلات الحدیثه. (الخمینی).

۳- وکانت مضطرّهً إلی معالجته. (المرعشی).

۴- بشـرط أن یکـون مساویاً مع غیر المماثـل فی الرفق والعلاـج. (الفـانی). * وکـان محتاجـاً إلیه بحیث یصـدق علیه الاضـطرار العرفیّ، کما هو کذلک فی غالبالمعاملات. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- مع عدم التمکّن من الآلات المعدّه لمثل ذلک. (السبزواری).

۶- هذا من مصادیق معارضه الأهمّ فی نظر الشارع، والفرع الأوّل داخل فیالاضطرار. (الحائری).

۷- [۷] قواعد الأحکام: ۳/۴۹۸.

۸- بل الأحوط. (حسن القمّی).

الجواز(۱) . وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهاده على الولاده، أو الثدى

للشهاده على الرضاع وإن لم يمكن إثباتها بالنساء، وإن استجوده الشهيد(۲) الثانى(۳) .

ومنها : القواعد من النساء اللاتى لا يرجون نكاحاً(۴) بالنسبه إلى ما هو

المعتاد له من كشف بعض الشعر(۵) والذراع ونحو ذلک، لا مثل الثدى والبطن

ونحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له.

ومنها : غير المميّز من الصبىّ والصبيّه فإنّه يجوز النظر إليهما، بل اللَمس، ولا يجب التستّر منهما، بل الظاهر جواز النظر(۶) إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا

۱- إلّا مع الضروره، وكذا فى الشهاده على الرضاع والولاده. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- [۲] مسالک الأفهام: ۷/۵۱.

۳- ولعلّه الأصحّ. (محمّد الشيرازى).

۴- مـدلول الآيه الشـريفه ليس راجعاً إلى عدم وجوب تستّر الشـعر والرأس بالنسـبهإليهنّ، بل راجع إلى عدم وجوب لبس الثياب الفوقـانيّه بالنسبه إليهنّ؛ لعـدم ظهورأحجـام الأعضـاء، كما هو بالنسـبه إلى غيرهنّ بمـدلول الآيه، كما كان هو المعمول فيالسابق بالنسبه إلى جميع المسلمات، وفى عصرنا بالنسبه إلى أكثر المسلمات،فاغتَنِم. (عبدالله الشيرازى).

۵- الاختصاص ببعض الشـعر مبنىّ على الاحتياط. (حسن القمّى). * المستفاد من الأخبار جواز كشف ما يستره الخمار والجلباب من الشعر والرقبهوبعض الصدر والذراع، فلا وجه للتخصيص ببعض الشعر. (الروحانى).

۶- فى إطلاقه تأمّل. (محمّد الشيرازى).

مبلغاً یترتّب علی النظر منهما أو إلیهما ثوران(۱) الشهوه(۲) .

حمل وتقبیل الصبیّه من غیر المحارم

(مسأله ۳۶) : لا بأس بتقبیل الرجل الصبیّه الّتی لیست له بمحرَم، ووضعها فی حُجره قبل(۳) أن یأتی علیها ستّ سنین إذا لم یکن عن شهوه.

نظر المملوک والخصی لمالکتهما

(مسأله ۳۷) : لا یجوز(۴) للمملوک(۵) النظر إلی مالکته، ولا للخِصِیّ النظر

إلی مالکته أو غیرها، کما لا یجوز للعِنّین والمَجبوب بلا إشکال، بل ولا لکبیر السنّ الّذی هو شبه القواعد من النساء علی الأحوط(۶) .

نظر المرأه للرجل الأعمی

(مسأله ۳۸) : الأعمی کالبصیر فی حرمه نظر المرأه إلیه(۷) .

سماع صوت الأجنبیّه

(مسأله ۳۹) : لا بأس بسماع صوت الأجنبیّه ما لم یکن تلذّذ ولا ریبه(۸) ،

من غیر فرقٍ بین الأعمی والبصیر، وإن کان الأحوط(۹) الترک فی غیر مقام

الضروره. ویحرم علیها إسماع الصوت(۱۰) الّذی فیه تهییج للسامع بتحسینه

۱- لا دلیل علی حرمه ثوران الشهوه، نعم، النظر علی التلذّذ حرام بحسب الارتکازالمتشرّعیّ. (تقی القمّی).

۲- ولا مراهقاً وإن لم یوجب الثَوَران. (السبزواری).

۳- الحرمه بعد بلوغها الستّ مبتیّه علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۴- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۵- علی الأحوط. (محمّد الشیرازی).

۶- بل علی الأقوی. (صدرالدین الصدر).

۷- فی ما یحرم، وقد تقدّم آنفاً. (محمّد الشیرازی).

۸- الحکم بالنسبه إلی الریبه مبنیّ علی الاحتیاط؛ لعدم الدلیل علی الحرمه. (تقیالقمّی).

۹- احتیاطاً راجحاً. (الفانی).

۱۰- على الأحوط، وظاهر الآيه الشريفه مختصّ بنساء النبيّ صلى الله عليه و آله . (حسن القمّى).

وترقیقه، قال(۱) تعالی(۲) : (فَلَا تَخْضَعْنَ(۳) بِالْقَوْلِ(۴) فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ)(۵).

مصافحه الأجنبی للأجنبیّه

(مسأله ۴۰) : لا یجوز مصافحه الأجنبیّه، نعم، لا بأس(۶) بها من وراء

الثوب(۷) ، کما لا بأس بلمس المحارم.

۱- الظاهر أنّه لا مجال للاستدلال بالآیه علی المدّعی؛ فإنّها لا تنطبق علی ما أفاده،مضافاً إلی احتمال اختصاص الحکم بزوجات النبیّ صلی الله علیه و آله . (تقی القمّی).

۲- فی دلاله الآیه علی دعواه نظر. (المرعشی). * فی شمول الآیه لغیر نساء النبی إشکال، ولکن لا یُترک الاحتیاط فی ذلک. (اللنکرانی).

۳- الوارد فی الآیه المبارکه: (فَلا تَخْضَعْنَ)(کذا فی أصل التعلیقه، والکلمه هی نفسها فی الآیه الکریمه والتعلیقه.). (الخوئی).

۴- الآیه مختصّه بنساء النبیّ صلی الله علیه و آله ، فالأولی الاستدلال له بارتکاز المتشرّعه، فالقولبالحرمه لو لم یکن أقوی لا ریب أنّه أحوط. (الروحانی).

۵- الأحزاب: ۳۲.

۶- مع عدم الریبه والتلذّذ، وکذا ما بعده. (عبدالله الشیرازی). * بشرط عدم التلذّذ والریبه فیها وفی المحارم. (المرعشی). * مع عدم الریبه والتلذّذ، وکذا فی ما بعده، ولا یغمز کفّ الأجنبیه لدی المصافحه.(الخمینی). * مع عدم التلذّذ والریبه، وکذا فی لمس المحارم. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- مع عدم التلذّذ والریبه، وکذا تالیه. (الإصطهباناتی). * مع عدم الریبه والتلذّذ، وکذا ما بعده. (البروجردی). * مع الأمن من الریبه والتلذّذ، وکذا ما بعده، ولا یَغمز کفّ الأجنبیّه، کما فیالخبر(وسائل الشیعه: الباب (۱۵) من أبواب مقدِّمات النکاح وآدابه، ح۱). (السبزواری). * بدون لذّهٍ وریبهٍ وفتنهٍ وغَمز. (محمّد الشیرازی). * إذا لم یکن تلذّذ وریبه، کما هو الحال فی لمس المحارم، وینبغی فی مصافحهالأجنبیّه من وراء الثوب أن لا یَغمِز کفّیها. (اللنکرانی).

السلام علی النساء من غیر المحارم

(مسأله ۴۱) : یکره(۱) للرجل(۲) ابتداء النساء بالسلام(۳) ودعاوهنّ إلی الطعام، وتتأکّد الکراهه فی الشابّه(۴) .

الجلوس فی مجلس المرأه قبل برده

(مسأله ۴۲) : یکره(۵) الجلوس فی مجلس المرأه إذا قامت عنه إلّا بعد

ص:۱۹۸

۱- لا دلیل علی کراهه السلام، وکذلک لا دلیل علی کراهه الدعاء إلی الطعام، نعم،بالنسبه إلی الشابّه یُکره الابتداء بالسلام. (تقی القمّی).

۲- أو مطلقاً لأیّ رجل، لا السلام علی أیّه امرأه. (الفیروزآبادی). * لا دلیل علی الکراهه فی غیر الشابّه. (الروحانی).

۳- فیه تأمّل. (زین الدین).

۴- بعد حمل موثّقه مسعده(الکافی: ۵/۵۶۴، ح۳۸، من لا یحضره الفقیه: ۳/۴۶۷، ح۴۶۱۹، الوسائل: الباب (۱۴۵) منأبواب مقدّمات النکاح، ح۱.) علیها. (المرعشی).

۵- رواه الفریقان(الخصال: ۵۸۶، الوسائل: الباب (۱۲۳) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱، لسان المیزان لابنحجر: ۳/۱۴۹.) فی المبسوطات. (المرعشی). * لا دلیل علیها. (تقی القمّی).

بَردِه(۱) .

الاستئذان علی الأب

(مسأله۴۳) : لا یدخل(۲) الولد(۳) علی أبیه(۴) إذا(۵) کانت(۶)

عنده زوجته إلّا بعد الاستئذان، ولا بأس(۷) بدخول(۸) الوالد علی ابنه(۹)

ص:۱۹۹

۱- لا مع بقاء حراره بدنها فیه. (الفیروزآبادی).

۲- لا فرق بین الوالد والولد من هذه الجهه، ولکلّ واحدٍ منهما یجوز الدخول علیالآخر بلا إذن، إلّا فی صوره عروض عارضٍ خارجیّ. (تقی القمّی).

۳- مع تأذّیه من ذلک، وإلّا فقیام الدلیل علیه مشکل؛ لعدم الظفر علی نصٍّ دالٍّ علیهبهذا الإطلاق. (آقاضیاء). * مع تأذّیه منه وإلّا ففیه إشکال. (عبدالله الشیرازی). * علی الأحوط. (الخمینی، حسن القمّی).

۴- مقتضی صحیح الخزّاز(الکافی: ۵/۵۲۸، ح۳، الوسائل: الباب (۱۱۹) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱.) وجوب الاستئذان مطلقاً. (الروحانی).

۵- علی الأحوط؛ لأنّ ظاهر بعض الروایات(الوسائل: الباب (۱۱۹) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۱، ح۲.) هی الکراهه، وفی جواز دخولالوالد علی الولد بدون الاستئذان مطلقاً فیه تأمّل. (البجنوردی).

۶- والفتوی بالإطلاق فی هذا الفرض وما یلیه کما فی بعض الکلمات غیر سدیده.(المرعشی).

۷- فی إطلاق کلتا الصورتَین تأمّل. (اللنکرانی).

۸- إطلاق الحکم بالجواز ممنوع جدّاً. (الفانی). * فی إطلاقه نظر. (محمّد الشیرازی).

۹- محلّ تأمّل. (الشریعتمداری، حسن القمّی). * فی إطلاقه إشکال، بل منع. (الخوئی). * فی إطلاق الحکم تأمّل. (زین الدین).

بغير إذنه(۱) .

تفريق الأطفال فی المضاجع

(مسأله ۴۴) : يفرّق(۲) بين الأطفال(۳) فی المضاجع إذا بلغوا عشر سنين(۴)، وفی روايهٍ: «إذا بلغوا ستّ سنين»(۵).

النظر إلی العضو المبان من الأجنبیّ

(مسأله۴۵) : لا يجوز(۶) النظر(۷) إلی العضو المُبان من

ص:۲۰۰

۱- فی إطلاقه تأمّل. (الإصطهباناتی، الخمينی). * إطلاقه محلّ تأمّل. (البروجردی، عبدالله الشيرازی). * هذا الإطلاق مشكل. (السبزواری). * إذا كان مأموناً من أن يكون فی خلوتهما ما لا يجوز له التطّلع عليه. (محمّد رضاالگلپايگانی).

۲- يختصّ الحكم المذكور بصوره كونهما عاريَين، أو كون أحدهما عارياً. (تقیالقمّی).

۳- علی الأحوط، خصوصاً إذا لم يكن عُمُرهم أزيد من سِتِّ سنين. (البجنوردی). * إذا كان مَثارَ الفتنه أو الرِيبه ونحوهما، وإلّا فلا يبعد بناء الحكم علی الاستحباب،والاحتياط لا ينبغی تركه. (محمّد الشيرازی).

۴- [۴] الوسائل: الباب (۱۲۸) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح۲.

۵- [۵] المصدر السابق: الحديث الأوّل.

۶- علی الأحوط. (صدرالدين الصدر). * لا دليل معتبر عليه. (تقی القمّی).

۷- علی الأقوی. (المرعشی). * علی الأحوط. (الخوئی، حسن القمّی).

الأجنبیّ(۱) ، مثل الید والأنف واللسان(۲) ونحوها، لا مثل(۳) السِنّ(۴) والظِفر والشعر(۵) ونحوها(۶) .

وصل شعر المرأه بشعر غیرها

(مسأله ۴۶) : یجوز وصل(۷) شعر(۸) الغیر بشعرها، ویجوز لزوجها النظر

إلیه(۹) علی کراهه، . . . .

ص:۲۰۱

۱- علی الأحوط. (الروحانی).

۲- هما من أجزاء الوجه. (الفانی).

۳- الأحوط الترک، مع العلم بکونه مباناً ممّن لا یجوز له النظر إلیه. (البروجردی).

۴- وإن کان الأحوط الترک. (الإصطهباناتی). * الأحوط الترک مع العلم بکونه مباناً ممّن لا یجوز النظر إلیه. (عبدالله الشیرازی). * علی الأقوی بعد خروجها عن الموضوع، وفرض حرمتها تبعیّه، وإن کانالأحوط الترک. (المرعشی).

۵- الأحوط ترک النظر إلیه. (الخمینی، اللنکرانی). * الأحوط الترک فیه إن کان من الشعر المتعارف، ولم یکن من الفضلات عرفاً.(السبزواری).

۶- الأحوط فی الشعر عدم جواز النظر إلیه إن کان مباناً من الأجنبیّه؛ للاستصحاب،وإن قلنا بعدم شمول الإطلاق. (البجنوردی).

۷- علی إشکالٍ فی وصله بشعر الإنسان، والأحوط الترک. (الخوئی).(هذه التعلیقه منه ؛ أضفناها من نسخهٍ اُخری.)

۸- وحکم عکس المسأله، أی نظر الزوجه إلی شعر غیر زوجها الموصول بشعرهیعلم ممّا ذکر. (المرعشی).

۹- تقدّم أنّ الأحوط عدم جواز النظر إلیه إن کان مباناً من الأجنبیّه. (البجنوردی). * تقدّم منّا ومنه قدّس سرّه حرمه النظر إلیه، فی المسأله الاُولی من فصل: السَتر والساتِر منکتاب الصلاه، فراجع. (زین الدین).

بل الأحوط(۱) الترک(۲) .

عدم اقتضاء جواز النظر جواز المسّ

(مسأله ۴۷) : لاـ تلاـزم بین جواز النظر وجواز المسّ، فلو قلنـا بجواز النظر إلی الوجه والکفّین من الأـجنبیّه لا یجوز مسّـِها إلّا من وراء الثوب(۳) .

اعتبار عدم التعدّی عن مقدار الضروره

(مسأله ۴۸) : إذا توقّف العلاـج علی النظر دون اللَمس أو اللَمس دون النظر یجب الاقتصـار علی مـا اضـطرّ إلیه، فلا یجوز الآخر بجوازه(۴) .

کراهه خروج النساء واختلاطهنّ بالرجال

(مسأله ۴۹) : یکره اختلاط(۵) النساء بالرجال، ویکره لهنّ حضور الجُمُعه

ص:۲۰۲

۱- إذا کان شعر المرأه الأجنبیّه. (عبدالله الشیرازی). * لا یُترک. (اللنکرانی).

۲- لاـ یُترک. (البروجردی، الخمینی). * یتوجّه علی المتن بـأنّ الموصول: إمّـا شـعر غیر الأـجنبیّه فلا إشـکال فی جوازالنظر إلیه، وإن کـان شـعرها فقـد أفتی فی المسأله (۴۵) بجواز النظر إلی الشـعر المُبـانمن الأـجنبیّ. (المرعشـی). * لاـ یُترک، إلّـا إذا حکم العرف بسقوط إضافه الشعر إلی من أخذت منها، وصحّهإضافتها فعلاً إلی الواصله لو علم بکونه شعر الأجنبیّه، وأمّا مع التردّد بین کونه منالأجنبیّه أو غیرها فالظاهر جواز النظر. (السبزواری).

۳- بدون لذّهٍ وریِبهٍ وفتنهٍ وغَمز، کما تقدّم آنفاً. (محمّد الشیرازی). * یعنی من دون تلذّذٍ وریِبه. (اللنکرانی).

۴- کما لا یجوز کلّ ذلک مع إمکان العلاج بالآلات المُعدَّه له. (السبزواری).

۵- إذا کـان بتـدافعٍ ومزاحمـه، لاـ مطلقـاً، ویشـهد لـه تقریر المعصـومین : لحضورالنسـاء الجمعه والعیـدین والجماعـات والحجّ والزیارات والاستغفار الواجبهوالمستحبّه، بل والمباحه من غیر نکیر، والتفصیل فی (الفقه). (محمّد الشیرازی).

والجماعات، إلّا للعجائز(۱) .

اشتباه محلّل النظر والتستّر مع محرّمه بالشبهه المحصوره وغيرها

(مسأله ۵۰) : إذا اشتبه مَن يجوز النظر إليه بين مَن لا يجوز بالشبهه المحصوره(۲) وجب الاجتناب(۳) عن الجميع، وكذا بالنسبه إلى مَن يجب التستّر عنه ومَن لا يجب.

وإن كانت الشبهه غير محصورهٍ(۴) . . . .

ص:۲۰۳

۱- الظاهر أنّ الاستثناء عن حضور العيدين والجمعه فقط لا عن أصل الاختلاط،فيُكره لهنّ الاختلاط مع الرجال أيضاً. (السبزواری). * الموجود فی النصوص: كراهه مزاحمه النساء الرجال فی الأسواق والمجتمعات،من غير فرقٍ بين العجائز وغيرهنّ، وكراهه خروج النساء للجمعه والعيدين إلّاالعجائز. (زين الدين).

۲- المقرونه بشرائط التنجّز المقرّره فی محلّه. (المرعشی).

۳- بل الأظهر عدم الوجوب إلّا فی مورد أصلٍ موضوعیّ، وإن قلنا بجواز التمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقيّه؛ لعدم إحراز عنوان العامّ هنا. (الفيروزآبادی).

۴- لا يجب الاجتناب فی الشبهه الغير محصوره بأن تكون مرأهً أجنبيّهً مثلاً مختلطهًبغير محصورهٍ من النساء من غيرها، ولو كانت محرّمهً نسبيّهً مختلطهً بأجنبيّاتٍ غيرمحصوراتٍ لا يجب الاجتناب عن نكاح بعضهنّ بما لا يوجب الخروج عن عدمالحصر، وأمّا الشبهه البدويّه بين المماثل وغيره وبين المحرّمه النسبيّه وغيرهافالأحوط الاجتناب، بل الأقوى فی بعض الصور، لكن لا لِما فی المتن؛ فإنّهضعيف، وأمّا الشبهه البدويّه فيما كانت مجرى الأصل كالشکّ فی كونها اُختاًرضاعيّهً أو أجنبيّهً فلا يجوز النظر إليها، ويجوز نكاحها. (الخمينی). * إن كان المراد بالشبهه غير المحصوره أن تكون المرأه الأجنبيّه مختلطهً بغيرهامن النساء غير المحصورات فالحكم فيها هو عدم وجوب الاجتناب، كما فی سائرموارد الشبهه غير المحصوره، وإن كان المراد بها العكس فالحكم فيه وإن كانوجوب الاجتناب إلّا أنّ العلّه فيه هو العلم الإجمالیّ المنجّز، لا ما استظهره منالآيه الشريفه. (اللنكرانی).

أو بدويّه(۱) : فإن شکّ فی کونه مماثلاً أوْ لا، أو شکّ فی کونه من المحارم النسبیّه أوْ لا فالظاهر وجوب الاجتناب(۲) ؛ لأنّ(۳) الظاهر(۴) من آیه وجوب الغضّ(۵) أنّ جواز النظر مشروط

۱- حقیقه أو ما یلحق بها کالمحصوره الفاقده لشرائط التنجّز. (المرعشی).

۲- ما فی المتن موافق للاحتیاط وإن کان فیما استدلّ به نظر واضح. (الحائری). * بل الأحوط. (الکوه کَمَری). * إن لم یکن أصلٌ موضوعیّ فی البَین یثبت به أحدهما. (السبزواری).

۳- لیس الوجه فی الحکم ما ذکره، بل الوجه فیه جریان الأصل وإحراز عدم تَعَنونمورد الشکّ بالعنوان الخارج. (تقی القمّی).

۴- فی ظهور الآـیه فی اشتراط جواز النظر بأمر وجودیّ تأمّـل لو لم نقل بظهورها فیالغضّ عن خصوص المخالف، وعلی تقدیر العموم فعدم کون التخصیص فی المقامموجباً للتنویع ممنوع جدّاً، والرجوع إلی العام لیس من باب التمسّـک به فی الشبهیهالمصداقیّه، بل لأجل جریان الأصل الموضوعی النافی لعنوان المخصّص بناءً علی جریان الأصل فی الأعدام الأزلیّه، وعلی تقدیر عدم الجواز لاـ محیص عن الرجوعإلی البراءه؛ لعدم ثبوت قاعده المقتضی والمانع أوّلاًـ وعدم ثبوت کون النظر مقتضیاًللحرمه ثانیاً. (اللنکرانی).

۵- لاـ دلاله فی الآـیه الکریمه علی أنّ جواز النظر مشروط بکون المنظور إلیه مماثلاًـأو من المحارم؛ فإنّ المستثنیات فی الآیه ومنها کلمه «أو نسائهنّ» إنّما تعود إلیحرمه إبداء الزینه، لا إلی وجوب غضّ البصر فی أوّل الآیه، کما هو واضح، بلاظاهر أنّ العموم فی الآـیه غیر مبیّن، ومقتضی ذلک أن یؤخذ منه بالقدر المتیقّن، فلایجب اجتناب النظر عمّا یشکّ فیه، بل لعلّ مناسبه الحکم والموضوع تقتضی أنّحرمه النظر تختصّ بغیر المماثل. (زین الدین).

بأمرٍ(١) . . . .

ص:٢٠٥

١- قال تعالى: (قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ)(النور: ٣٠.) انتهى. وأنت خبير بأنّه ليس فى الآيه من خبر الاشتراطعين ولا أثر، وهكذا قوله تعالى: (وَقُل لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَفُرُوجَهُنَّ)(النور: ٣١.)، وأمّا آيه إبداء الزينه من قوله تعالى: (وَلاَ يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاَّلِبُعُولَتِهِنَّ) إلى قوله : (نِسَائِهِنَّ)(النور: ٣١.) فلا ربط لها بالغَضّ المذكور من أنّ الاستثناءتخصيص كسائر التخصيصات. (الفيروزآبادى). * ويدلّ نفس هذا التعليق على إناطه الرخصه والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدمجواز الاقتحام عند الشكّ فيه، ويكون من المداليل الالتزاميّه العرفيّه، وهذا هوالوجه فى تسالمهم على أصاله الحرمه فى جميع ما كان من هذا القبيل؛ وعليه يبتنيانقلاب الأصل فى النفوس والأموال والفروج فى كلٍّ من الشبهات الموضوعيّهوالحكميّه، وكذا أصاله انفعال الماء بملاقاه النجاسه عند الشكّ فى العاصم، وغيرذلك ممّا عُلِّقَ فيه حكم ترخيص وضعيّ أو تكليفيّ على أمرٍ وجوديّ، وليس شيء من ذلك مبتيّاً على التمسّك بالعموم فى الشبهه المصداقيّه، ولا على قاعده المقتضى والمانع. (جمال الدين الگلپايگانى).

وجودیّ(۱) ، وهو کونه مماثلاً(۲) أو من المحارم(۳) ، فمع الشکّ یعمل بمقتضی

۱- ویـدلّ نفس هـذا التعلیق علی إنـاطه الرخصه والجواز بـإحراز ذلـک الأـمر، وعـدمجواز الاقتحام عنـد الشکّ فیه، ویکون من المـدالیل الالـتزامیّه العرفیّه، وهـذا هوالوجه فی تسـالمهم علی أصـاله الحرمه فی جمیع ما کان من هـذا القبیل؛ وعلیه یبتنیانقلاب الأصـل فی النفوس والأـموال والفروج فی کلٍّ من الشـبهات الموضوعیّهوالحکمیّه، وکـذا أصاله انفعال الماء بملاقاه النجاسه عند الشکّ فی العاصم، وغیرذلک ممّا عُلِّقَ فیه حکم ترخیصـیّ وضـعیّ أو تکلیفیّ علی أمرٍ وجودیّ، ولیس شیءمن ذلک مبتیّاً علی التمسّک بالعموم فی الشـبهه المصداقیّه، ولا علی قاعده المقتضـیوالمانع. (النائینی). * مُستَظهَر، بل منصرف إلیه من دلیل وجوب الغضّ، والسـیاق بنظر العرف ولو لمیکن هنـاک دلیـل خـاصّ، فعنـد الشـکّ فی تحقّقه یحکم بعـدمه بالأصل؛ بناءً علیجریانه فی الأعدام الأزلیّه، وفیه إشکال ذکرناه فی الاُصول. (المرعشی).

۲- ذلـک کـذلک لو کـان موضوع الحکم مثـل هـذا العنوان، کالقرشـیّه، وإلّا بأن یکون مثلهحاکیاً عن العناوین الـذاتیّه فإلحاقها بالعامّ بمقتضی أصاله عدم الاتّصاف منظور فیه،بل ممنوع. (آقاضیاء).

۳- لا یخفی أنّ ما یـدلّ علی اشتراط المماثله فی آیه وجوب الغضّ کلمه«أو نسائهنّ »، وهی داخله فی الاسـتثناء من حرمه إبـداء الزینه، ولاـ دخللهـا بالنسـبه إلی حکمِ أوّل الآـیه، أعنی وجوب الغضّ، أو حرمه النظر،واشـتراط جواز النظر بالممـاثله، علی أنّه لا یُفهم اشتراط الممـاثله عرفاً،ولو فرضَ فرضاً غیر واقع مـا یـدلّ علیه فی ظـاهر الـدلیل؛ فإنّه من المعلومأنّ حرمه النظر ممّا یوجبها المخـالفه فی الجنس، لاـ أنّ الجواز مشـروطبالمماثله. ولاـ یسـتفاد من مثـل الآـیه وجوب الغضّ من کـلّ الناس، ووجوبالتستّر من جمیعهم لو فرضـنا عـدم ذکر کلمه «أو نسـائهنّ »، بل إنّما هو بیانلمورد الجواز، کما لا یخفی، وعلی ما ذکرنا فلو شکّ فی کونه مماثلًا فلا دلیلعلی وجوب الاحتیاط. (الشریعتمداری).

العموم، لا من باب التمسّک بالعموم فی الشبهه المصداقیّه(۱) ، بل لاستفاده

شرطیّه الجواز بالمماثله أو المَحرَمیّه أو نحو ذلک، فلیس(۲) التخصیص فی

المقام من قبیل التنویع(۳) حتّی یکون من موارد أصل البراءه، بل من قبیل

۱- الظاهر أنّ ما تمسّک به قدّس سرّه هو عین التمسّک بالعامّ فی الشبهه المصداقیّه،أمّا فی المماثل فلا یبعد انصراف الآیه والأخبار إلی غیره، فالشکّ فیهکالشکّ فی کونه حیواناً أو إنساناً، وأمّا فی المحارم فلأنّ التخصیص یستلزمالتنویع لا محاله. نعم، بناءً علی صحّه استصحاب عدم النسب بالعدم الأزلیّفمقتضی الاستصحاب عدم تحقّق العناوین المذکوره، ومعه فلا مانع من التمسّکبالعامّ. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- التخصیص لا ینفکّ عن التنویع، والانفکاک غیر معقول. (تقی القمّی).

۳- لا وجه لنفی التنویع مع الظهور العرفی. (الفیروزآبادی). * بخلاف التقیید. (المرعشی). * التخصیص یوجب التنویع لا محاله، إلّا أنّ المخصِّص فی المقام بما أنّه أمروجودیّ فعند الشکّ یحرز عدمه بالأصل؛ بناءً علی ما حقّقناه من جریانه فیالأعدام الأزلیّه. (الخوئی). * الظاهر أنّ التخصیص من قبیل التنویع مطلقاً عرفاً، نعم، یمکن أن یقال فیالمقام: إنّ مقتضی التأمّل فی الأدلّه أصاله عدم جواز النظر، إلّا ما خرجبالدلیل، فیکون هذا الأصل فی المقام نظیر أصاله احترام النفس والعِرض والمال،وأصاله عدم التذکیه ونحوها من الاُصول الثانویّه المعتبره، مع أنّه بناءً علیصحّه جریان الأصل فی الأعدام الأزلیّه تجری أصاله عدم المحرّمیّه والمماثله،فتثبت موضوع الحرمه. (السبزواری). * التخصیص مطلقاً یوجب التنویع، ومع ذلک یجب الاجتناب فی المقام؛لاستصحاب عدم المماثله، وعدم النسب؛ بناءً علی جریان الأصل فی العدم الأزلیّ،کما اخترناه. (الروحانی).

المقتضی(۱) والمانع(۲) . وإذا شکّ فی کونه زوجهً أو لا فیجری ــ مضافاً إلی ما

۱- أی کـالعلم والفسق فی قوله: «أکرم العلمـاء ولاـ تُکرِم الفسّاق»، ویالیته بیّن فیالمقام ما المقتضـی وما المانع حتّی یظهر الفرق، مع منع العموم فی قاعـده المقتضـیوالمانع. (الفیروزآبـادی).فیه نظر جـدّاً، کمـا لا یخفی علی مَن راجع. (آقاضـیاء). * بعـد فرض عمـوم آیه الغضّ للمماثـل وکـون المخصّـِص عنوانـاً وجودیّاًفیحرز عـدمه بالاستصـحاب، ونقول: هـذا لشـخصٍ قبـل وجوده لم یکنمتّصـفاً بالاُـنثویّه، ونشـکّ بعـد وجوده فی اتّصـافه بها فاصاله العـدم جاریه،ویحرز عـدم عنوان الخاصّ، أمّا قاعـده المقتضـی والمانع لا أصل له، إلّا أن یرجعإلی ما قلنا. (حسن القمّی).

۲- لا أساس لقاعـده المقتضـی والمانع إلّا إذا رجع إلی استصـحاب عـدم ذلکالمانع، ولکنّ ما نحن فیه یمکن أن یکون من قبیل أصاله عـدم کونه مماثلاًأو محرّماً، الّذی هو المخصّـِص، بناءً علی جریان وصـحّه استصـحاب العدمالأزلیّ، ویمکن أن یکون من قبیـل تعلیق الترخیص علی أمرٍ وجودیّ، فلابـدّمن إحراز ذلک الأمر، وعنـد الشکّ لا ترخیص فی البین، لکنّ کِلا الأمرینلا یخلو من نظر وإشـکال. (البجنوردی). * بجعـل الممـاثله من قبیـل المانع عن الحرمه، والنظر مقتضـیاً لها، هـذا بناءًعلی جعل المقتضـی والمانع قاعدهً مستقلّهً غیر قاعدتَی الیقین فی الشـّکالساری، والاستصـحاب فی الطارئ ثابته الحجّیّه عند العقلاء، وهو ممّااختلفت کلمـات المحقّقین فی شأنه، فمنهم مَن التزم بإرجاع الثلاثه إلیمسأله المقتضـی والمانع وحمل الروایات علیها، ومنهم مَن أنکرها، وحملالنصوص علی الیقین والاستصـحاب، ومنهم مَن أرجع الروایات بأسـرها إلیالاستصـحاب، والحقّ المحقّق فی محلّه استظهار قاعده الیقین من بعضها،والاستصحاب من بعضها الآخر، فما أفاده قدّس سرّه فی المتن من إثبات مدّعاه بتلکالقاعده ممنوع جدّاً. (المرعشی).

ذكر من رجوعه إلى الشكّ فى الشرط _ أصاله عدم حدوث الزوجيّه، وكذا لو شكّ فى المَحرَميّه من باب الرضاع.

نعم، لو شكّ فى كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عـدم وجوب(۱) الاحتياط؛ لانصراف عموم وجوب الغضّ إلى خصوص الإنسان.

وإن كـان الشـكّ فى كونه بالغاً أو صبيّاً أو طفلاً مميّزاً أو غير مميّز ففى وجوب الاحتياط وجهان(۲) : من العموم(۳) على الوجه الّذى ذكرنا، ومن

إمكان(۴) دعوى الانصراف، والأظهر الأوّل(۵) .

ص:۲۰۹

۱- بعد الفحص. (محمّد الشيرازى).

۲- أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (الخوئى).

۳- أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (عبدالله الشيرازى).

۴- ومن إجراء أصاله عدم البلوغ أو التميّز. (الفيروزآبادى).

۵- ولكنّ الأقوى الثانى؛ فإنّ العمومات غيرشاملهٍ للأطفال، ولاسيّماغيرالمميِّزينقطعاً، وكـذا صوره عدم التمييز بين كونه رجلًا أو امرأهً، وإنسانـاً أو حيواناً، والعمومفى الآيه غير مبيّن، فيوخـذ منه بالقـدر المتيقّن، وما اسـتظهره من الآيه من اشتراطجواز النظر بأمرٍ وجوديٍّ ممنوع. (كـاشف الغطـاء). * بـل الأحوط. (الكوه كَمَرى). * فى الظهور منع، نعم، هو أحوط. (الفـانى). * الأقوى جواز النظر. (الخمينى). * بل الأظهر الثانى فى غير المميّز؛ لعدم الفرق بينه وبين الحيوان، مع أنّ استصحابعدم البلوغ والتميّز لا مانع منه. (محمّـد رضا الگلپايگانى). * بل الأقوى الثانى. (زين الـدين). * بل الثانى؛ للأصل. (حسن القمّى). * بل الثانى. (تقى القمّى). * بل الأظهر عدم الوجوب. (الروحانى). * بل الثانى، لا للانصراف، بل للاستصحاب. (اللنكرانى).

وجوب التستّر على النساء وحرمه النظر على الرجال وحكم العكس

(مسأله۵۱) : یجب على النساء التستّر، كما یحرم على الرجال النظر،ولا یجب على الرجال التستّر وإن كان یحرم على النساء النظر. نعم،حال الرجال بالنسبه إلى العوره حال النساء(۱) ، ویجب علیهم التستّر(۲)

ص:۲۱۰

۱- فیجب علیهم سترها مع عدم الأمن عن الناظر المحترم. (محمّد رضا الگلپایگانی). * العباره لا تخلو من مسامحه. (اللنكرانی).

۲- جمله مستأنفه، أو عطف على جمله، ولا ـ یجب على الرجال التستّر. (عبدالهادی الشیرازی). * على الأ ـحوط. (الخوئی). * الظاهر عدم وجوب سَتر غیر العوره على الرجل وإن علم بتعمّ ـد النساء النظر إلیه،وصدق الإعانه على الإثم بمجرّد عدم تستّره عنهنّ ممنوع، إلّا إذا قصد بذلكإیقاعهنّ فی المحرَّم. (زین الدین). * ستر الرجل غیر عورته من سائر بدنه عن غیر المَحرَم غیر معلوم الوجوب،وصدق الإعانه على الإثم غیر واضح إلّا فی بعض الفروض. (محمّد الشیرازی). * أی بالنسبه إلى غیر العوره، وأمّا العوره فالوجوب بالإضافه إلیهالا ـ یكون مشروطاً بهذا الشرط المركّب من اُمورٍ ثلا ـثه، بل مشروط بكونهافی معرض النظر. (اللنكرانی).

مع العلم(۱) بتعمّد النساء(۲) فی النظر(۳) ؛ من باب . . . .

ص:۲۱۱

۱- بل یکفی کونهم فی مظانّ ذلک عادهً. (صدرالـدین الصدر). * بل مع العلم بوقوع النظر من غیر تعمّدٍ أیضاً، بل یکفی کونها فی مظانّ النظرعادهً. (المرعشی). * فی غیر ما جرت السیره مستمرّهً من زمان المعصوم علیه السّلام إلی زماننا علیعدم ستره ولو مع العلـم بنظر النسـاء علیـه مثـل الـوجه، نعـم، مـع العلـم بنظرهنّمع الرِیبه والالتـذاذ یجب التسـتّر علیهم من بـاب حرمه الإعـانه، وإن کانالمتیقّن منها حکماً وموضوعاً هو مع قصد الإعانه، وأمّا بدونه فمحلّ تأمّل،نعم، التستّر أحوط. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- أو الرجـال، بـل ومع العلم بوقوع نظرهم إلیهـا من غیر تعمّـد، بل الأحوط ذلک إذاکانت معرضاً لـذلک وإن لم یکن معلوماً. (الـبروجردی). * أو الرجـال. (الفـانی). * بـل الرجـال أیضـاً. (المرعشـی). * بـل مع المعرضـیّه العرفیّـه لـذلک وإن لـم یعلـم. (السبزواری).

۳- إن کان مراده لزوم التستّر بالنسبه إلی العوره لا وجه للتخصیص بالنساء، بل لابدّمن التعمیم للرجال، وأیضاً لا وجه للتخصیص بصوره العلم؛ فإنّه فی صورهالاحتمال أیضاً کذلک؛ لأنّ الحفظ المأمور به یقتضی ذلک، وإن کان المراد لزومالتستّر بالنسبه إلی غیرها فالأظهر عدم الوجوب؛ للسیره وأصاله البراءه، وأمّاالإعانه علی الإثم فلا دلیل علی حرمتها، مع أنّ صدقها علی المقام محلّ تأمّل،والتفصیل لا یَسعه المجال. (الروحانی).

حرمه(۱) الإعانه(۲) علی الإثم(۳).

تحدید النظر المحرّم

(مسأله ۵۲) : هل المحرّم من النظر ما یکون علی وجهٍ یتمکّن من التمیّز بین الرجل والمرأه، وأنّه العضو الفلانیّ أو غیره، أو مطلقه؟ فلو رأی الأجنبیّه من بعیدٍ(۴) بحیث لا یمکنه تمییزها وتمییز أعضائها، أو لا یمکنه تمییز کونها رجلاً أو امرأه، بل أو لا یمکنه تمییز کونها إنساناً أو حیواناً أو جماداً هل هو

۱- لا دلیل علی حرمه الإعانه، فالحکم مبنیّ علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۲- أو النهی عن المنکر، وفی التمسّک بهما فی المقام نظر، بل منع. (المرعشی). * فی تحقّق الإعانه فی مثل المقام إشکال، بل منع. (اللنکرانی).

۳- لو فرض صدق الإعانه علیه، وذلک غیر مسلَّمٍ إلّا فی بعض الفروض.(الشریعتمداری). * صدق الإعانه علی الإثم ممنوع، فلا یجب علیهم التستّر حتّی مع العلم بتعمّدها.(الخمینی). * المحرّم التعاون علی الإثم، أمّا الإعانه علی الإثم فإطلاق الحکم بحرمتها محلّإشکال، بل منع. (حسن القمّی).

۴- لعلّ الأقوی حرمه النظر فی هذا الفرض، أمّا فی الفروض اللاحقه فالظاهر عدمالحرمه؛ لانصراف دلیل وجوب غضّ البصر عنها. (زین الدین). * وکان الناظر ضعیف النظر، أو نحو ذلک. (محمّد الشیرازی).

حرام، أوْ لا؟ وجهان، الأحوط(۱) الحرمه(۲) .

*

*

*

ص:۲۱۳

۱- استحباباً. (الكوه كَمَرى). * بـل الأقوى. (تقى القمّى). * الأقوى الجواز، والأولى الترک. (المرعشـى). * والظاهر هو الجواز. (اللنكرانى).

۲- وإن كـان الأـقوى خلافه؛ لانصـراف الـدليل. (آقاضـياء). * وإن كـان الأـقوى الجواز، كما عرفت. (صدرالـدين الصـدر). * والأـقوى الجـواز. (عبـدالهادى الشـيرازى). * يجوز تـرک هـذا الاحتيـاط خصوصـاً فى الأـجير. (البجنوردى). * لاـ موجب لهـذا الاحتياط، كما هو واضح. (الفانى). * والأقوى عدم الحرمه. (الخمينى). * بل الأقوى فيما ترى البشره دون ما إذا يُرى سواد مردّد عن بُعـد؛ لانصـراف أدلّهوجوب الغضّ عنه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل التفصـيل بين ما لم يميّز الرجل عن المرأه والإنسان عن الحيوان فلا يحرم،وبين ما لم يميّز الرأس عن الرقبه بعد تمييز كونها غير مَحرَمٍ فيحرم. (محمّدالشيرازى).

فصل [فی ما یتعلّق بأحکام الدخول علی الزوجه]

اشاره

وفیه مسائل :

حکم وطء الزوجه والمملوکه فی الدبر

(مسأله ١) : الأقوی وفاقاً للمشهور جواز وطء الزوجه والمملوکه دُبُراً علی کراهةٍ شدیده، بل الأحوط ترکه(١) ، خصوصاً مع عدم رضاها(٢) بذلک.

حکم وطء الحائض دبراً

(مسأله ٢) : قد مرّ فی باب الحیض الإشکال(٣) فی وطء الحائض(۴) دُبُراً(۵) ، وإن قلنا بجوازه فی غیر حال الحیض.

١- لا یُترک. (الخوئی). * لا یُترک فی صوره عدم رضاها. (محمّد الشیرازی). * استحباباً مع رضاها بذلک. (الروحانی).

٢- کما اُشیر إلیه فی خبر عبدالله بن أبی یعفور(الوسائل: الباب (٧٣) من أبواب مقدّمات النکاح، ح٢.). (المرعشی).

٣- الظاهر من الأخبار الوارده فی الحیض کقوله علیه السلام : «ما اتّقی موضع الدم» الجواز.(الفانی). * لا وجه للإشکال، ومقتضی القاعده الجواز. (تقی القمّی). * وقد مرّ أنّ الأظهر الجواز. (الروحانی).

۴- قد مرّ الحکم بشدّه الکراهه أزید منها فی حال الطهر. (الفیروزآبادی).

۵- وقد مرّ تقویه الجواز، وإن احتُمِل کون الکراهه فی تلک الحال أشدّ من حالالطُهر، فلا یُترک الاحتیاط بترکه. (المرعشی). * وقد تقدّم أنّ الظاهر اتّحاد حکم الحائض مع الطاهره فی ذلک، فراجع المسألهالثالثه من فصل: أحکام الحائض. (زین الدین).

هل یتحقّق النشوز بعدم تمکین الزوجه من وطئها دبراً؟

(مسأله ۳) : ذکر بعض الفقهاء(۱) ممّن قال بالجواز: أنّه یتحقّق النشوز بعدم تمکین الزوجه من وطئها دُبُراً، وهو مشکل(۲) ؛ لعدم الدلیل علی وجوب تمکینها فی کلّ ما هو جائز من أنواع الاستمتاعات حتّی یکون ترکه نشوزاً.

اشتراک الوطء فی الدبر والقبل فی جمله الأحکام

(مسأله ۴) : الوطء فی دُبُر المرأه کالوطء(۳) فی قبلها فی وجوب(۴) الغسل(۵) والعِدّه، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حدّ الزنا إذا کانت أجنبیّه، وثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهه، وکون المناط

۱- [۱] قواعد الأحکام: ۳/۱۰۳، إیضاح الفوائد: ۳/۲۶۷، مسالک الأفهام: ۸/۴۴۰، کشف اللثام :۷/۵۵۸.

۲- أقواهما العدم. (الفیروزآبادی). * بل یمکن منعه. (الفانی). * لاحتمال التحقّق وجه، فلا یُترک الاحتیاط بالانفاق أو الاسترضاء. (المرعشی). * الظاهر عدم تحقّق النشوز بذلک. (زین الدین). * بل لا وجه له. (تقی القمّی).

۳- ترتّب الأحکام المترتّبه علی الوطء فی القُبُل علی الوطء فی الدُبُر مبنیّ علیالاحتیاط، والجزم بالترتّب مشکل؛ لعدم الجزم بالإطلاق. (تقی القمّی).

۴- یراجع ما علّقناه علی ذلک فی مبحث الجماع، وإن لم ینزل من فصل غسلالجنابه. (زین الدین).

۵- علی ما هو المشهور، وإلّا فلا یخلو أکثر الأحکام المذکوره من تأمّلٍ وإشکال.(محمّد رضا الگلپایگانی).

فیه دخول الحشفه أو مقدارها(۱) ، وفی حرمه البنت والاُمّ(۲) ، وغیر

ص:۲۱۶

۱- کفایه المسمّی من مقطوع الحشفه لا یخلو من قوّه، کما مرّ. (الخمینی). * إن صدق الدخول من مقطوع الحشفه بما دون ذلک، فلا یُترک الاحتیاط. (حسن القمّی). * لا وجه لاعتبار المقدار فی مقطوعها، بل المیزان فیها صدق الموضوع. (تقیالقمّی). * تقدّم فی کتاب الصوم الإشکال فی ترتّب أحکام الجماع علی إدخال مقدارالحشفه من مقطوعها، وأنّها تترتّب بإدخال تمام الذکر. (الروحانی).

۲- لا دخل لدخول البنت فی حرمه الاُمّ؛ لکونها محرّمهً مطلقاً. (الإصطهباناتی). * لا مدخل للدخول علی البنت فی حرمه الاُمّ، ولعلّ مراده علی تقدیر القولبدخله فیها. (البروجردی). * لا مدخل فی حرمه الاُمّ. (عبدالله الشیرازی). * الاُمّ محرّمه مطلقاً، سواء دخل بالبنت أم لم یدخل. (الشریعتمداری). * حرمتها غیر متوقّفهٍ علی الدخول. (الخمینی). * إن کانت بنتها مزنیّه بها علی الأقوی، وأمّا المعقوده فحرمه اُمّها غیر مشروطهٍبتحقّق الدخول. (المرعشی). * یعنی حرمه الاُمّ المزنیّ بها علی القول بها، وأمّا اُمّ المعقوده فتحرم بمجرّد العقد،ولا مدخلیّه للدخول علی البنت فی حرمتها. (محمّد رضا الگلپایگانی). * حرمه اُمّ الزوجه غیر مشروطهٍ بالدخول ببنتها، بخلاف العکس. (السبزواری). * لعلّ المراد اُمّ المزنی بها علی القول بحرمتها، وإلّا فحرمه اُمّ المعقود علیها غیرمشروطه بالدخول. (زین الدین). * المراد من الاُمّ: هی اُمّ الموطوءه بالزنا بقرینه ما بعده؛ ولأنّ حرمه اُمّ المعقودهلیست من الأحکام المعلّقه علی الدخول. (اللنکرانی).

ذلك من أحكام المصاهره المعلّقه على الـدخول، نعم، فی کفایته(۱) فی حصول تحلیل المطلّقه ثلاثاً(۲) إشکال(۳) . کما(۴) أنّ فی کفایه الوطء فی القُبُل فیه بدون الإنزال(۵) أیضاً(۶)

ص:۲۱۷

۱- الأقوی عدم کفایته فی هذه الموارد. (الکوه کَمَری).

۲- عدم الکفایه فی جمیع المذکورات هو الأقوی. (الإصطهباناتی).

۳- بل الأقوی عـدمه. (الفیروزآبادی).والأقوی العـدم. (صدرالـدین الصـدر). * أقواه عـدم الکفایه فیه وفی الفئه، وفیما یجب فی الأربعه أشـهر، وأمّا الوطء فیالقُبُل بدون الإنزال فالأقوی کفایته فی الأحکام الثلاثه. (البروجردی). * الأقوی عدم الکفایه فیه وفی الـوطء الـواجب فی أربعه أشـهر، وفی الفئه فیالإیلاء. (البجنوردی). * بـل منع. (الفـانی). * الأقوی عـدمها فیه، والأحوط عـدم الکفـایه فی القبـل بـدون الإنـزال، ولا یبعـد عـدمالکفایه فی الوطء فی الـدُبُر فی الفرعین المتأخّرین أیضاً، والظاهر کفایه الوطء فیالقُبُل بلا إنزالٍ فی الأربعه أشهر، وحصول الفئه فی الإیلاء. (الخمینی). * الأظهر عدم کفایه الوطء فی الدُبُر، وکفایه الوطء فی القُبُل بدون الإنزال؛ لأنّذوق العُسَیلَه عباره عن لذّه الجماع، والموجود فی أخبارنا اعتبار ذوق عُسَیلَتَهاخاصّه. (الروحانی).

۴- أقواه العدم فیه وفی الثلاثه الّتی بعده. (الإصفهانی).

۵- إذا کان الإنزال خارج الرحم یکفی لصدق ذوق العُسَیله. (الفانی).

۶- الأقوی الکفایه. (محمّد الشیرازی).

كذلك(۱) ؛ لما ورد فی الأخبار(۲) من اعتبار ذوق عُسَیلَته(۳) وعُسَیلَتها(۴)

ص:۲۱۸

۱- بـل الأقوی عـدمها. (الفیروزآبـادی). * بل الظاهر کفایته، وأمّا الأخبار فلم یرد فی الصـحیح منها «ذوق عُسَـیلَته»،وإنّما الوارد «ذوق عُسَـیلَتها»، والمراد به: إدراک اللذّه جزماً، وهو یتحقّقبدون الإنزال. (الخوئی). * أی إشکال، والأحوط العدم، وإن کان فی تعلیله نظر. (اللنکرانی).

۲- [۲] الوسائل: الباب (۴) من أبواب أقسام الطلاق، ح۱۳.

۳- إن تمّ دلیله، والبـاب بـاب التعبّـد، والمناط غیر منصوصٍ ولا منقَّح، ولکنّ الأظهرکفایه الـدخول فی القُبُل بلا إنزالٍ فی تحقّق الفئه والرجوع فی الإیلاء. (المرعشی). * لم أعثر علی ما یـدلّ علی اعتبار ذوق عُسَـیلَته إلّا فی بعض أخبار العامّه(مسـند أحمـد: ۳/۲۸۴، ۶/۳۴، صـحیح البخـاری: ۳/۱۴۷، ۶/۱۶۶، صـحیح مسـلم: ۴/۱۵۴.)، نعم،ورد فی اعتبـار ذوق عُسَـیلتها أخبـار(الکـافی: ۵/۴۲۵، ۶/۷۶، الفقیـه: ۳/۵۰۰، الاسـتبصار: ۳/۲۷۴، تهـذیب الأحکام: ۸/۳۳الوسائـل: الباب (۳) من أبواب أقسـام الطلاـق، ح۹ و۱۰.) من طرقنـا، لکن فی دلالتهـا علی المقصودتأمّل. (محمّـد رضا الگلپایگانی). * لم أعثر علی روایهٍ تـدلّ علی ذوق عُسَـیلته، وعلی فرض وجودهـا لاـ تـدلّ علیـالمقصود. (حسن القمّی). * لاـ دلیـل معتبر علیه، بـل الـدلیل قـائم علی اشتراط ذوق عُسَـیلَتها، والظاهر عدمتحقّقه إلّا بالإدخال تامّاً والإنزال. (تقی القمّی).

۴- [۴] العُسَـیلَه: لذّه الجماع الّذی یکون بتغییب الحشـفه فی فرج المرأه، وقیل: العُسَـیلَه هی ماءالرجل. ولا یکون ذواق العُسَیلَتَین معاً إلّا بالتغییب وإن لم یُنزِلا. لسان العرب: ۹/۲۰۹، (مادهعسل).

فیه، وکذا فی کفایته(۱) فی الوطء الواجب فی أربعه أشهر(۲) ، وکذا فی کفایته فی حصول(۳) الفئه(۴) ، والرجوع فی الإیلاء أیضاً.

تحقّق الحنث بالوطء دبراً لو حلف علی الترک

(مسأله ۵) : إذا حلف علی ترک وطء امرأته فی زمانٍ أو مکانٍ یتحقّق(۵) الحنث(۶) . . . .

ص:۲۱۹

۱- الأقوی عـدمها. (الفیروزآبادی). * الأظهر عـدم الکفایه فی الموارد المشار إلیها، نعم، الأقوی کفایه الوطء فی القُبُلولو بـدون إنزال. (صدرالـدین الصـدر). * یقوی عدم الکفایه فی جمیع المذکورات. (جمال الدین الگلپایگانی). * الأقوی عدم الکفایه إلّا مع الإنزال ولو خارج الرحم. (الفانی). * الظاهر رجوع الضـمیر إلی الوطء فی الـدُبُر، وأمّا لو اُرید به الوطء فی القُبُل بلاإنزالٍ فلا یبعد الکفایه فی هذا الفرع، وکذا فی الفرع الّذی بعده، بل هو الأقرب. (اللنکرانی).

۲- والأـقرب فیه کفـایه الوطء فی القُبُـِل ولو بلاـ إنزال. (محمّـد رضـا الگلپایگـانی). * الأـظهر عـدم کفایه الوطء فی الـدُبُر فیه، وکفایه الوطء فی القُبُل بلا إنزال، وکذا فیتالیه بالإضافه إلی الوطء فی القُبُل، وأمّا کفایه الوطء فی الدُبُر فیه فلا تخلو مناِشکال، ولا یبعد دعوی أظهریّه عدم الکفایه. (الروحانی).

۳- یقوی عدم الکفایه فی جمیع المذکورات. (النائینی).

۴- یقوی عدم الکفایه فی جمیع المذکورات. (الخوئی). * بل المشکل هو تحقّق الإیلاء بالحلف علی ترک الوطء فی الدُبُر ولو مع القُبُـِل،والمتیقّن تحقّقه بـالحلف علی ترک الوطء فی القُبُـِل، وأمّا لو قیل بتحقّقه بالحلف علیترکه فلا إشـکال فی تحقّق الفئه والرجوع به أیضاً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۶- تحقّق الحِنث تابع لقصد الحالف، وانصـراف المفهوم غیر دخیلٍ فیه، نعم، لو قصدالمفهوم من الوطء صحّ ما ذکره قدّس سرّه ، لکنّه نادر الوقوع. (محمّد رضا الگلپایگانی).

بوطئها دُبُراً(۱) ، إلّا أن یکون هناک انصراف(۲) إلی الوطء فی القُبُل؛ من حیث(۳) کون غرضه عدم(۴) انعقاد النطفه.

موارد العزل

(مسأله ۶) : یجوز العزل، بمعنی إخراج الآله عند الإنزال وإفراغ المنیّ خارج الفرج فی الأمه وإن کانت منکوحه بعقد الدوام، والحرّه المتمتّع(۵) بها(۶) ، ومع إذنها وإن کانت دائمه، ومع اشتراط ذلک علیها فی العقد، وفی

۱- الأظهر إناطه الأمر إلی اختلاف حال الناذرین بالاعتیاد والتکرّر والکثره وعدمها.(المرعشی). * إذا حلف علی ترک الوطء بما له من المفهوم، أمّا فی غیر ذلک فالحنث تابع لماقصده الحالف. (زین الدین).

۲- الانصراف لا یتوقّف علی الغرض، بل هو من شؤون اللفظ، وتحقّقه مانع عنحصول الحنث إذا کان الحالف عالماً به. (اللنکرانی).

۳- أو من حیث عدم الاعتیاد الموجب لعدم اندراجه فی قصده. (الفانی).

۴- أو من حیثیهٍ اُخری. (حسن القمّی).

۵- مقتضی إطلاق حدیث ابن مسلم(الوسائل: الباب (۷۵) من أبواب المتعه، ح۱.) عدم الفرق بین الدوام والمتعه. (تقی القمّی).

۶- فی عدم مرجوحیّه العزل فیها نظر؛ لإطلاق دلیله، وعدم وجهٍ لتخصیصه بالدائمهبعد بطلان دعوی الانصراف. (آقا ضیاء). * والمشهور الاختصاص بالدائمه. (الکوه کَمَری). * فیه تأمّل وإشکال. (الشریعتمداری). * فیه إشکال، والأقوی وفاقاً لِسیّدنا الشریف المرتضی(الانتصار للمرتضی: ۲۷۵.) أنّها زوجه، ویثبت لها جمیع أحکام الزوجیّه إلّا ما خرج بالدلیل، کجواز الزیاده علی الأربع، وعدمالتوارث وغیرهما. (المرعشی).

الدُبُر وفی حال الاضطرار من ضررٍ(۱) أو نحوه. وفی جوازه فی الحرّه

المنکوحه بعقد الدوام فی غیر ما ذکر قولان، الأقوی ما هو المشهور(۲) من

الجواز مع الکراهه.

بل یمکن أن یقال بعدمها، أو أخفّیّتها فی العجوزه والعقیمه والسلیطه والبذیّه، والّتی لا ترضع ولدها.

والأقوی عـدم وجوب دِیَه النطفه علیه وإن قلنا بالحرمه. وقیل بوجوبها(۳) علیه للزوجه، وهی عشـره دنانیر؛ للخبر الوارد(۴) فیمن أفزع

رجلاً عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائه عشره دنانیر علیه. لکنّه فی غیر ما نحن فیه، ولا وجه للقیاس علیه مع أنّه مع الفارق(۵) .

وأمّا عزل المرأه ــ بمعنی منعها(۶) من الإنزال فی فرجها ــ فالظاهر حرمته بدون رضا الزوج، فإنّه منافٍ للتمکین الواجب علیها، بل یمکن(۷)

۱- المیزان صدق الضروره، وأمّا کفایه مطلق الضرر ففیه إشکال. (تقی القمّی).

۲- ولا یخلو من إشکال، فلا یُترک الاحتیاط بالاسترضاء. (المرعشی).

۳- وإن لم یقل بالحرمه. (اللنکرانی).

۴- الوسائل: الباب (۱۹) من أبواب دِیَات الأعضاء، ح۱.

۵- إذ السبب فیه هو الأجنبیّ. (المرعشی).

۶- ولو بالنحت. (المرعشی).

۷- الحکم بتحقّق الدِیَه علیها مبنیّ علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

وجوب دیه(۱) النطفه علیها(۲) .

هذا، ولا فرق فی جواز العزل بین الجماع الواجب(۳) وغیره، حتّی فیما یجب فی(۴) کلّ أربعه أشهر(۵) .

ترک وطء الزوجه أکثر من أربعه أشهر

(مسأله۷) : لا یجوز ترک وطء الزوجه أکثر من أربعه

۱- فی إطلاق النصّ للمورد إشکال، بل منع. (الفانی). * محلّ إشکال. (حسن القمّی).

۲- وهو مشکل. (زین الدین). * فیه إشکال. (محمّد الشیرازی).

۳- فیه إشکال، وهو منافٍ لما ذکره فی المسأله الآتیه. (عبدالله الشیرازی). * یشکل ذلک، کما سیأتی فی المسأله الآتیه. (زین الدین).

۴- فیه نظر. (حسن القمّی).

۵- فیه نظر؛ للانصراف الآتی قریباً. (آقاضیاء). * فیه إشکال، کما اعترف به قدّس سرّه فی المسأله الآتیه(أوردنا هذه التعلیقه له قدّس سرّه من نسخهٍ اُخری.). (الخوئی). * یأتی فی المسأله الآتیه التصریح بالإشکال فی کفایه الوطء بلا إنزال عن الواجبعلیه، والحکم بجواز العزل فی الواجب، والإشکال فی کفایته عنه لا یجتمعان.(محمّد رضا الگلپایگانی). * سیأتی منه ؛ الإشکال فیه فی المسأله التالیه. (السبزواری). * یصرّح الماتن قدّس سرّه بالإشکال فی ذلک فی المسأله التالیه، والإشکال فی محلّه، إنلم نستبعد حرمه العزل فیه. (محمّد الشیرازی).

أشهر(۱) ، مـن غير فرقٍ(۲) بين الـدائمه والمتمتّع بها(۳) ، ولا الشـابّه ولا الشائبه(۴) على الأظهر(۵) والأمه والحرّه؛ لإطلاق الخبر(۶).

۱- بل وأقلّ أحياناً إذا كان الترك منافياً عرفاً؛ للإمساك بالمعروف المأمور به، كما فيالشابّه والشَبِقه(الشَبَق: شـدّه الغُلْمه وطلب النكاح، يقال: رجل شَبِق وامرأه شَبِقه. لسان العرب: ۷/۲۰، (مادهشبق).) ونحوهما، والتفصيل فی الفقه. (محمّد الشيرازی).

۲- بين الاعتداء والمغاضبه وغيرهما. (المرعشی).

۳- المشـهور الاختصـاص بالـدائمه. (الكـوه كَمَری). * على الأحوط. (صدرالـدين الصـدر، البروجردی، عبـدالله الشـيرازی، السبزواری). * على الأحوط فی المتمتّع بها (عبدالهادی الشيرازی). * على الأقوی، كما أشرنا إليه. (المرعشی). * على الأحوط فی التمتّع بها والشائبه. (حسن القمّی).

۴- مع عـدم تنفّر الطبيعه عنهـا، بـل مع التعوّض معهـا برغبهٍ ولا كُلفَه. (الفيروزآبـادی). * على الأحوط. (النائينی، جمال الـدين الگلپايگـانی). * فی جريـان الحكم فی الشـائبه إشـكال، بـل منع. (زين الـدين). * الحـديث مختصّ بالشابّه، فالحكم بجريانه فی الشائبه احتياطیّ. (تقی القمّی).

۵- بـل على الأحوط الأولی. (الخوئی). * فی الشـابّه، وعلى الأحوط فی الشائبه. (محمّـد رضا الگلپايگانی). * بل على الأحوط غير لزومیّ. (الروحانی).

۶- [۶] السـنن الكـبری للبيهقی: ۹/۲۹، كنز العمّـال: ۱۶/۵۷۳، ح۴۵۹۱۷، المغنی لابن قُدامه: ۸/۱۴۲،تهذيب الأحكام: ۷/۴۱۲، ح۱۹، الوسائل: الباب (۷۱) من أبواب مقدّمات النكاح، ح۱.

كما أنّ مقتضاه(۱) عدم(۲) الفرق(۳) بين الحاضر والمسافر(۴) فی غير السفر(۵) الواجب(۶).

ص:۲۲۴

۱- فی إطلاقه من هذه الجهه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

۲- إطلاقه من هـذه الجهه مشـكل، بل ممنوع، لكنّ الأحوط أن يكون السـفر المنافيلـذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجه. (جمال الدين الگلپايگانی).

۳- إطلاقه من هذه الجهه مشكل، بل ممنوع، لكنّ الأحوط أن يكون السفر المنافيلذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجه. (النائينی).

۴- فی الوجوب على المسافر نظر؛ لقيـام السـيره على خلافه. (آقـا ضـياء). * فی المسافر تأمّل. (الشـريعتمداری). * لا يبعـد منع الإطلاـق بالنسبه إلی المسـافر، والأحوط إرضاء الزوجه بالسـفر.(الفانی). * احتمال تقييـده بحضورها عنـده فی السـفر غير بعيـد. (المرعشی). * على الأحوط فی المسافر. (الخوئی). * فيه تأمّل، سيّما فی إطلاقه. (حسن القمّی). * عنوان الموضوع فی الدليل لا يشمل المسافر، فالحكم مبنیّ على الاحتياط. (تقیالقمّی). * فيه تأمّل، بل القول بالجواز فيه قویّ. (الروحانی).

۵- فيه تأمّل. (الكوه كَمَری).

۶- أو الضـروری ولو عرفـاً، كسـفر التجـاره، وتحصـيل العلم دون ما كان لمجرّد المَيلوالتفريـح(أی الاسـتجمام والتَنفيه والتَرفيه.) والتفرّج على الأحوط. (الخمينی). * بل الضروریّ عند المتشرّعه، واجباً كان أوْ لا. (السبزواری).

وفی کفایه الوطء(۱) فی الدُبُر إشکال(۲) ، کما مرّ(۳) . وکذا(۴) فی الإدخال(۵) بدون الإنزال(۶) ؛ لانصراف الخبر(۷) إلی الوطء المتعارف(۸) وهو

۱- الأقوی عدمها. (الفیروزآبادی).

۲- تقدّم أنّ الأقوی عدم کفایته، نعم، لا یبعد کفایه الوطء بلا إنزال. (البجنوردی).

۳- مرّ الکلام فیه. (الخمینی). * قد مرّ أنّ الأظهر کفایه الثانی دون الأوّل. (الروحانی).

۴- قد مرّ أنّ الأقوی کفایه الثانی دون الأوّل. (البروجردی).

۵- هذا ینافی ظاهر ما سبق من جواز العزل فی الجماع الواجب فی کلّ أربعه أشهر،والأقوی کفایته. (الفیروزآبادی). * قد مرّ أنّ الأقوی کفایه الثانی دون الأوّل. (البروجردی). * احتمال الکفایه غیر بعید، ولکن ینبغی الاحتیاط. (المرعشی).

۶- أی الإنزال فی الفرج الّذی به تکمل لذّتها، وتسکن دغدغتها(أی تهدأ فَورتها بإشباع رغبتها.). (الفیروزآبادی). * هذا ینافی ما تقدّم منه ؛ فی آخر المسأله السابقه، والأظهر الکفایه، ولا حاجه إلیالإنزال. (صدرالدین الصدر). * مرّ عدم اعتباره. (الخمینی). * لا یبعد کفایه الوطء فی القُبُل بلا إنزال، کما مرّ. (محمّد رضا الگلپایگانی). * قد مرّ منه فی المسأله السابقه الحکم بجواز العزل فی الوطء الواجب فی کلّأربعه أشهر، وهو لا یجتمع مع الإشکال هنا، والظاهر ما هناک. (اللنکرانی).

۷- لا وجه للانصراف وقد مرّ منه قدّس سرّه ما ینافی ذلک فی المسأله السابقه. (الخوئی).

۸- ظاهر النصّ أنّ الحکم المذکور للإرفاق بالزوجه؛ وعلیه فلا یکفی الوطء دُبُراً،ولا بدون إنزال. (زین الدین).

مع الإنزال(۱) . والظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها(۲) ذلك. ويجوز تركه مع رضاها، أو اشتراط(۳) ذلك(۴) حين العقد(۵) عليها، ومع عدم التمكّن منه لعدم انتشار(۶) العضو، ومع خوف الضرر(۷) عليه أو عليها، ومع غيبتها(۸)باختيارها، ومع نشوزها(۹) . ولا يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدّمات من الاستمتاعات. ولا يجرى الحكم فى المملوكه الغير

۱- وإن كان خارج الرحم. (الفانى). * قد مرّ منه أنّه يجوز العزل حتّى فى الواجب من الوطء، والحقّ عدم اشتراطالإنزال؛ إذ الموضوع فى الدليل عنوان الترك، ومع الإدخال فى القُبُل لا يصدقالترك، إلّا أن يقال: إنّ الترك ينصرف إلى ما يتعارف فعله، فلا يُترك الاحتياط. (تقيالقمّى).

۲- مع عسر المطالبه غالباً؛ لمكان الحياء والخجله. (المرعشى).

۳- فيه إشكال ناشئ عن التردّد فى كونه حكماً أو حقّاً. (المرعشى). * فيه إشكال؛ إذ يتوقّف الجواز على القول بجواز إسقاط ما لم يجب. (تقى القمّى).

۴- الأحوط عدم الاشتراط. (الفانى). * فيه إشكال. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- لا يخلو من إشكال. (البروجردى).

۶- للمرض، أو عقد الرجال. (المرعشى).

۷- فى إطلاقٍ فيه وفى بعده إشكال. (تقى القمّى).

۸- فيه وفى النشوز إشكال. (المرعشى).

۹- هذا فيما إذا كان النشوز ناشئاً عن عدم تمكينها للجماع، وأمّا إن لم يكن كذلكفالسقوط مبنىّ على القول بأنّ النشوز ولو فى الجمله يوجب سقوط جميع الحقوق،فلا يُترك الاحتياط. (تقى القمّى).

المزوّجه، فیجوز ترک وطئها(۱) مطلقاً(۲) .

حکم ما لو کانت المرأه لا تصبر عن المواقعه إلی أربعه أشهر

(مسأله ۸) : إذا کانت الزوجه من جهه کثره میلها وشبقها لا تقدر علیالصبر إلی أربعه أشهر بحیث تقع فی المعصیه إذا لم یواقعها فالأحوط المبادره إلی مواقعتها قبل تمام الأربعه(۳) ، أو طلاقها وتخلیه سبیلها.

تدارک ما فات من ترک الوطء لمانع

(مسأله۹) : إذا ترک مواقعتها عند تمام الأربعه أشهرٍ لمانعٍ من حیضٍ أو نحوه، أو عصیاناً لا یجب(۴) علیه(۵) القضاء(۶) ،

۱- الأحوط عدم الترک فی الشابّه منها. (محمّد رضا الگلپایگانی). * الأحوط عدم الترک. (زین الدین). * الأحوط عدم الترک، خصوصاً إذا کانت شابّه. (اللنکرانی).
۲- فیه إشکال، خصوصاً الشابّه منها. (محمّد الشیرازی).
۳- بل قبل الوقوع فی المعصیه. (صدرالدین الصدر).
۴- لکن تجب علیه المبادره إلی الوطء علی الأحوط. (تقی القمّی).
۵- لیس الوطء الواجب موقّتاً برأس الأربعه أشهر حتّی یکون بعده قضاءً ویحتاجوجوبه إلی أمر جدید، بل ظاهر الدلیل هو حرمه إبقائها بلا وطءٍ فی هذا المقداروأکثر منه، فیجب بعده فوراً ففوراً، ولا یسقط بالعصیان، أو وجود المانع. (عبدالله الشیرازی).
۶- فیه نظر واضح. (الفیروزآبادی). * علی وجهٍ یجب علیه وطء لما سبق، ووطء آخر من جهه عدم التأخیر عن زمانوطئه بأربعه أشهر مهما أمکن. (آقاضیاء). * الظاهر عدم کونه من المؤقّت، فسبب الوجوب تمام أربعه أشهر، ولا یسقط إلّابإرضائها. (الکوه کَمَری). * لیس الوطء الواجب مؤقّتاً برأس الأربعه أشهرٍ حتّی یکون بعده قضاء ویحتاجوجوبه إلی أمر جدید، بل ظاهر الدلیل هو حرمه إبقائها بلا وطءٍ فی هذا المقداروأکثر منه، فیجب بعده فوراً ففوراً، ولا یسقط بالعصیان، أو وجود المانع، نعم، لایجب وطء آخر قضاءً لما فات. (البروجردی). * الأحوط مواقعتها وعدم تأخیرها وإن لم یکن بعنوان القضاء. (عبدالهادی الشیرازی). * لیس هو من باب المؤقّت فیصیر قضاءً بخروج وقته، بل إذا تمّ أربعه أشهرٍ یجبالوطء ولا یسقط إلّا بإتیان، فالوقت من قبیل شرط الوجوب، لا قید الواجب.(الشریعتمداری). * بل یجب علیه وطؤُها بعد ارتفاع المانع فوراً ففوراً، ولا معنی للقضاء فی المقامبلا ریبٍ ولا إشکال. (الفانی). * أی تدارک ما فات بحیث لو ترک الثمانیه لوجب علیه المرّتان، لکن یجب علیهبعد مضیّ الأربعه وطوها فوراً ففوراً، ولا یسقط بترکه فی رأس الأربعه. (الخمینی). * الظاهر عدم کونه مؤقّتاً حتّی یلزم تدارک الفائت من الأربعه، بل سبب الوجوبمضیّها خالیه من الوطء، فلو کان المورد حقّاً لها لا یسقط، بل یجب التأدیه فوراًففوراً، أو الاسترضاء عنها. (المرعشی). * وإن کان یجب علیه الوطء فی أوّل أزمنه الإمکان. (الخوئی). * ولکنّ الأحوط المبادره فوراً ففوراً. (السبزواری). * ولیس معنی ذلک سقوط وجوب الوطء عنه، بل یجب علیه فوراً ففوراً، وإن لمیکن قضاءً. (زین الدین). * بل یجب الإتیان فوراً ففوراً. (محمّد الشیرازی). * لا إشکال فی أنّه لا یرتفع الوجوب بذلک، بل یجب بعد رفع المانع فوراً ففوراً،ولا یسقط بالعصیان، نعم، لا یجب وطء آخر قضاءً لما فات. (الروحانی). * أی بعد مضیّ أربعهٍ اُخری بحیث تجب علیه

مرّتـان، ولكنّ الوجوب لاـ يسقطبالعصـيان أو عروض المـانع؛ لأنّه لاـ يكون مؤقّتاً، بل عنـد انقضاء الأربعه يجب عليهالوطء فوراً ففوراً. (اللنكرانى).

نعم، الأحوط(۱) إرضاوها(۲) بوجهٍ من الوجوه؛ لأنّ الظاهر(۳) أنّ ذلک حقّ لها علیه(۴) وقد فوّته علیها.

ثمّ اللازم عـدم التأخیر من وطءٍ إلی وطءٍ أزیـد من الأربعه، فمبـدأ اعتبار الأربعه اللاحقه إنّما هو الوطء المتقدّم، لا حین انقضاء الأربعه المتقدّمه.

*

*

*

ص:۲۲۹

۱- لا بأس بترکه؛ إذ لا دلیل علی وجوب الإرضاء. (تقی القمّی).

۲- لم یقم دلیل علی أنّ مطلق تفویت الحقّ مستلزم لوجوب إرضاء ذِیه، ولکنّالاحتیاط لا ینبغی ترکه. (اللنکرانی).

۳- فی کونه حقّاً قابلًا للترضیه بعد فوته نظر، وإن کان أحوط. (آقاضیاء). * محلّ إشکال. (الخمینی).

۴- المتیقّن هو الإـثم علی الترک، وأمّـا کون ذلـک حقّـاً لهـا بحیث یوجب تفویته لزومإرضائهـا فغیر معلوم وإن کـان الاحتیـاط حَسَناً، مع أنّ الظاهر وجوب الوطء بعد تمامالأربعه فوراً ففوراً، لکن لا یفوت بالتأخیر؛ لأنّه غیر مؤقّت؛ وعلیه فلا تفویت حتّییجب الإرضاء.(محمّد رضا الگلپایگانی).

فصل [فی وطء الزوجه الصغیره]

حرمه وطء الزوجه قبل إکمال تسع سنین

(مسأله ۱) : لا یجوز وطء الزوجه(۱) قبل إکمال تسع سنین، حرّهً کانت

أو أمه، دواماً کان النکاح أو متعه، بل لا یجوز(۲) وطء المملوکه(۳) والمحلّله کذلک. وأمّا الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللَمس بشهوه والضمّ والتفخیذ فجائز فی الجمیع ولو فی الرضیعه.

التحریم بإفضاء الصغیره قبل إکمال التسع

(مسأله ۲) : إذا تزوّج صغیرهً دواماً أو متعهً(۴) ، ودخل بها قبل إکمال تسع سنین فأفضاها حَرُمَت علیه أبداًعلی المشهور(۵) ، وهو(۶) الأحوط(۷) ، وإن لم

۱- فی قُبُلها. (الفیروزآبادی).

۲- علی الأحوط. (محمّد رضا الگلپایگانی، تقی القمّی، اللنکرانی).

۳- علی الأحوط. (زین الدین). * علی احتیاطٍ شدیدٍ فیها. (حسن القمّی).

۴- لکونها زوجه، کما تقدّم، لا للاتّفاق المزعوم کونه إجماعاً. (المرعشی).

۵- علی الأحوط الّذی لا یجوز ترکه. (البجنوردی). * الأقوی عدم ترتّب غیر الإثمّ مع عدم الإفضاء، ومع الإفضاء حرمه وطئها أبداًمطلقاً، مع بقاء زوجیّتها، وترتّب جمیع آثارها علیها، ویجب علیه نفقتها، وإن طلّقها،بل وإن تزوّجت بعد الطلاق علی الأحوط، بل لا یخلو من قوّه. (الخمینی).

۶- لا یُترک. (جمال الدین الگلپایگانی).

۷- لا یُترک الاحتیاط إن کان مکلّفاً. (الفیروزآبادی). * لا یُترک هذا الاحتیاط. (النائینی). * لا یُترک. (المرعشی، السبزواری).

تخرج عن زوجیّته، وقیل بخروجها عن الزوجیّه أیضاً. بل الأحوط(۱)حرمتها(۲) علیه بمجرّد الدخول وإن لم یُفضِها، ولکنّ الأقوی بقاوها علی الزوجیّه وإن کانت مفضاه، وعدم حرمتها(۳) علیه أیضاً(۴) ، خصوصاً إذا کان جاهلاً بالموضوع أو الحکم(۵) ، أو کان صغیراً أو مجنوناً، أو کان بعد اندمال جرحها، أو طلّقها ثمّ عقد علیها جدیداً،

وجوب الدیه وتعلّق النفقه للمفضاه

نعم، یجب(۶) علیه دِیَه الإفضاء وهی

۱- لا یُترک الاحتیاط إن کان مکلّفاً. (الفیروزآبادی). * لا یُترک. (المرعشی). * لا یُترک الاحتیاط بترک الوطء أبداً فیما لو دخل بها قبل التسع مطلقاً، من غیرفرقٍ بین ما ذکر من الأقسام. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- الظاهر هی الحرمه فی صوره الإفضاء. (اللنکرانی).

۳- الأحوط ترک وطْئِها أبداً مع الدخول بها قبل التسع مطلقاً. (صدرالدین الصدر). * ولکن لا یُترک الاحتیاط. (الکوه کَمَری). * المسأله محلّ إشکال وتأمّل، والأحوط له ترک وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع مطلقاً. (عبدالله الشیرازی).فیه إشکال. (المرعشی).

۴- المسأله محلّ إشکال، والأحوط له ترک وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع مطلقاً.(البروجردی).

۵- الظاهر عدم الفرق بین العالم بالحکم والجاهل به. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۶- وجوب الدِیَه فی صوره الجهل بالموضوع أو الحکم مبنیّ علی الاحتیاط؛ إذمقتضی حدیث عبدالصمد بن بشیر(تهذیب الأحکام: ۵/۷۳، ذح ۴۷، الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب الخلل الواقع فی الصلاه، ذح۱.) عدم ترتّب الأثر عند الجهل. (تقی القمّی).

دِیَه النفس، ففی الحرّه نصف دِیَه الرجل، وفی الأمه أقلّ الأمرین من قیمتها ودِیَه الحرّه. وظاهر المشهور ثبوت الدِیَه مطلقاً وإن أمسکها ولم یطلّقها، إلّا أنّ مقتضی حسنه(۱) حمران(۲) وخبر بُرَید(۳) المثبِتَین لها عدم وجوبها علیه إذا لم یطلّقها(۴) ، والأحوط ما ذکره المشهور(۵) . ویجب علیه أیضاً نفقتها ما دامت حیّهً وإن طلّقها، بل وإن تزوّجت(۶) بعد الطلاق علی الأحوط(۷) .

حقیقه الإفضاء وأنّه لا فرق فیه بالدخول قبلاً ودبراً

(مسأله۳) : لا فرق(۸) فی الدخول الموجب للإفضاء بین أن یکون فی القُبُل أو الدُبُر.

۱- وقد أوجب فی الجواهر حملهما علی سقوط الدیه صلحاً فی مقابل الإمساک،ولکنّه بعید جدّاً. (اللنکرانی).

۲- [۲] الوسائل: الباب (۴۵) من أبواب مقدّمات النکاح، ح۹.

۳- [۳] الوسائل: الباب (۳۴) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ونحوها، ح۳.

۴- هذا هو الصحیح. (الخوئی).

۵- الأخذ بالخبرَین هو الأقوی. (الفانی).

۶- فیه تأمّل، بل منع. (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال، والأقوی عدم الوجوب حینئذٍ. (المرعشی).

۷- الأقوی سقوط نفقتها فی هذه الصوره. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * بل الأقوی لإطلاق صحیحه الحلبی(الوسائل: الباب (۴۵) من أبواب مقدّمات النکاح وآدابه، ح۱.). (آقاضیاء). * إطلاق الخبر لهذه الصوره ممنوع. (الفانی). * لعلّه الأقوی. (زین الدین). * بل الأظهر. (الروحانی).

۸- عدم الفرق مبنیّ علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

والإفضاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مَسلَكَى البول والحيض(۱) ، أو مَسلَكَى الحيض والغائط(۲) ، أو اتّحاد الجميع، وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأوّل(۳) .

اختصاص الحكم بالزوجه الصغيره المفضاه بالوطء دون غيرها

(مسأله ۴) : لا يلحق بالزوجه فی الحرمه الأبديّه _ على القول بها _

۱- وهو الأقرب. (المرعشی).

۲- على الأحوط فی هذه الصوره. (الخمينی).

۳- وهو الأقوى، بل فی تحقّق الثانی خارجاً تأمّل. (صدرالدين الصدر). * لكنّ الأوّل متحقّق فی ضمن الثالث أيضاً. (الإصطهباناتی). * لكنّ الأوّل يشمل الثالث أيضاً. (البروجردی). * والأوّل متحقّق فی ضمن الثالث، فيعمّه حكم المشهور. (الشريعتمداری). * فی مقابل الثانی، لا الثالث. (الخمينی). * واحتمل بعض الأصحاب شمول الأوّل للثانی والثالث؛ زعماً بأنّ اتّحاد مسلكَيالبول والغائط اُريد لا بشرط، فهو أعمّ من أن يتّحد مع غيره، أوْ لا، وفيه منع؛لانصرافه إلى بشرطِ لا. (المرعشی). * وتحقّقه بالثالث أيضاً معلوم، فينحصر خلاف المشهور فی خصوص الثانی، ولايبعد صدق الإفضاء عليه أيضاً. (محمّد رضا الگلپايگانی). * فيشمل الثالث لا محاله؛ لتحقّق الأوّل فيه أيضاً. (السبزواری). * ولعلّه الأقوى، بل فی تحقّق الثانی خارجاً تأمّل، والأمر سهل بناءً على عدمالحرمه بذلك، كما هو المختار عندنا وعند المصنّف قدّس سرّه . (زين الدين). * بل الموضوع عرفيّ، والكلّ مصاديق للإفضاء. (محمّد الشيرازی). * بمعنى عدم اعتبار اتّحاد غير المسلكَين، وإلّا فهو _ أی الأوّل _ متحقّق فی ضمنالثالث ومشمول له، فيعمّه الحكم، والإشكال إنّما هو فی الثانی، والأحوط فيه أيضاًجريان الحكم. (اللنكرانی).

ووجوب النفقه المملوكهُ(۱) ، والمحلّله والموطوءه بشبهٍ أو زنا، ولا الزوجه الکبیره، نعم، تثبت(۲) الدِیَه(۳) فی الجمیع(۴) ـ عدا الزوجه(۵) الکبیره(۶) إذا

ص:۲۳۴

۱- من الجهه المذکوره، وإن وجب نفقتها من حیث الملک، وأمّا البقیّه فلا موردللتوهّم حتّی یدفع. (صدرالدین الصدر). * عدم ثبوت النفقه لها من حیث الإفضاء لا یوجب عدم وجوب نفقتها من حیثالمملوکیه. (المرعشی).

۲- ثبوت الدِیَه بالنسبه إلی المملوکه مبنیّ علی کون المملوک یصیر مالکاً، وإلّا کیفیجوز أنّ الشخص یکون ضامناً لنفسه؟! (تقی القمّی).

۳- علی الأحوط. (الفیروزآبادی). * فی غیر المالک. (صدرالدین الصدر).

۴- لا تُتصوّر الدِیَه فی المملوکه علی القول بأنّها لا تُملَّک؛ لاستلزامه کون المولیالجانی مالکاً ومملوکاً علیه، ولعلّ المراد صوره کون المُفضِی غیر مولاها، أو کونهاقابلهً لِأَنْ تُمَلَّک. (الإصطهباناتی). * لا یعقل ثبوتها فی المملوکه إذا أفضاها مالکها بوطئها؛ لأنّ المستحقّ لِلدِیَهالجنایه علیها هو مالکها، والمفروض أنّه هو الجانی. (البروجردی). * ثبوتها فی المملوکه إمّا مبنیّ علی القول بتملّکها، أو علی کون المُفضِی قبل التسعغیر مالکها، وإلّا فلا معنی لکون المفضِی مالکاً ومملوکاً علیه. (المرعشی). * لا دِیَه علی المالک بإفضاء المملوکه قبل التسع، نعم، یمکن الحکم بوجوبالکفّاره علیه؛ إلحاقاً لما یوجب الدِیَه الکامله بالقتل، وکذا فی وجوب التصدّق بثمنها علی القول به. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- وعدا المملوکه إذا أفضاها مالکها. (الخمینی).

۶- والمملوکه. (عبدالهادی الشیرازی، الروحانی). * وعدا المملوکه؛ إذ لا معنی لوجوب الدِیَه علی المالک. (عبدالله الشیرازی، الخوئی). * وکذلک المملوکه. (الفانی). * وکذا المملوکه. (المرعشی). * وعدا المملوکه إذا أفضاها مالکها. (حسن القمّی). * والمملوکه للواطئ. (السبزواری). * وعدا المملوکه؛ من حیث إنّ الجانی هو المالک فلا تجب له الدیه علی نفسه.(زین الدین). * وعدا المملوکه؛ فإنّه لا وجه لثبوت الدِیَه لها علی مالکها. (اللنکرانی).

أفضاها بالـدخول بها ــ حتّى فى الزنا، وإن كانت عالمةً مطاوعةً(۱) وكانت كبيره(۲) . وكذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع ونحوه، فلا تحرم عليه موبّداً، نعم، تثبت(۳) فيه الدِيَه.

الدخول بالزوجه بعد إكمالها التسع

(مسأله ۵) : إذا دخل بزوجته بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه،

ص:۲۳۵

۱- فيه تأمّل، والنصوص منصـرفه إلى ما هو المتعارف. (صدرالدين الصدر). * للتأمّل فى هذا الفرض مجال، فقد يدّعى انصراف النصّ عن الزانيه الكبيره إذاكانت عالمةً بأنّه يفضـيها ومطاوعه له فى ذلك، بل قـد يدّعى أنّها مشاركه له فيالجنايه. (زين الدين). * فى ثبوت الدِيَه فى الكبيره المطاوعه خصوصاً مع كونها عالمةً نظر وإشكال.(اللنكرانى).

۲- الظاهر عـدم ثبوت الديه للموطوءه الكبيره المطاوعه؛ خصوصاً مع العلم؛ لأنّالجنايه حاصـله بمشاركتها، والنصوص الدالّه عليه فى الزوجه الكبيره واردهعليطبق القاعده. (البروجردى). * ثبوتها للكبيره المطاوعه محلّ إشكال. (الخمينى).

۳- على الأحوط. (تقى القمّى).

ولا تثبت الدِيَه، كما مرّ، ولكنّ الأحوط(۱) الإنفاق عليها ما دامت حيّه(۲) .

حكم المفضى إذا كان صغيراً أو مجنوناً

(مسأله ۶) : إذا كـان المفضـى صـغيراً أو مجنوناً ففى كون الـدِيَه عليهما أو على عاقلتهما إشـكال(۳) ، وإن كـان الوجه الثانى لا يخلو من قوّه(۴) .

ضمان من عيبت بغير الإفضاء

(مسأله ۷) : إذا حصـل بالـدخول قبـل التسع عيب آخر غير الإفضـاء ضـمن أرشَه، وكـذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدِيَه ضمنه مع دِيَه الإفضاء.

وطء من شكّ فى إكمالها تسع سنين

(مسأله ۸) : إذا شكّ فى إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها؛

ص:۲۳۶

۱- بـل الأـقوى؛ لإطلاـق الصـحيحه(الوسائـل: الباب (۴۵) مـن أبـواب مقـدّمات النكـاح وآدابـه، ح ۱.) المتقـدّمه. (آقاضـياء). * استحباباً. (الكوه كَمَرى). * وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (الخمينى). * بل الأقوى. (زين الدين).

۲- لا يُترك؛ إذ القول بالوجوب من حيث الدليل قوىّ، والمانع عن الإفتاء به ذهابالمشهور إلى عدم الوجوب. (الروحانى).

۳- الأقوى الثانى. (المرعشى). * مقتضى القاعده كون دِيَتهما على العاقله. (تقى القمّى).

۴- محلّ تأمّل. (الخمينى). * بل لا ينبغى الإشـكال فيه فى المجنون. (زين الـدين). * القوّه فى إفضاء الصبىّ محلّ تأمّل. (حسـن القمّى). * بل الأوّل أقوى. (الروحانى).

لاستصحاب الحرمه(۱) . . . .

۱- بل لاستصحاب عدم بلوغها، ويترتّب عليه تمام أحكام الوطء قبل البلوغ منالحرمه وما يترتّب على الإفضاء. (الحائرى). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، والظاهر ترتّب جميع آثار الوطء قبلبلوغها تسعاً عليه، حتّى الحرمه المؤبّده على القول بها. (عبدالله الشيرازى). * لا يخفى أنّه لا مجال لاستصحاب الحكم مع جريان استصحاب الموضوع،فأصاله عدم بلوغها تسعاً تجرى، ويثبت جميع الآثار، حتّى الحرمه الأبديّه لو وطئوأفضاها، إلّا أن يشكل فى جريان مثله بأنّه شكّ فى تاريخ الولاده، والشكّ فيبلوغها تسعاً شكّ فى أنّها تولّدت قبل تسعٍ أو قبل ثمانيه أعوام، وليس شكّاً فيالبقاء، والإشكال سيّال. (الشريعتمدارى). * بل لاستصحاب أنّها لم تبلغ تسعاً بنحو السلب الرابط، ويترتّب عليه جميعالأحكام، وأمّا استصحاب عدم بلوغها بنحو السلب المحموليّ فمثبت، وكذا فينظائر المقام ممّا يترتّب الحكم على الكون الرابط أو السلب الرابط، والتفصيلموكول إلى محلّه. (الخمينى). * وهناك استصحاب موضوعيّ مقدّم عليه، وهو استصحاب عدم بلوغها تسعاً، أواستصحاب صغرها، إلّا أن يناقش فى جريانه. (المرعشى). * بل لاستصحاب عدم البلوغ، وكون المرأه فى أقلّ من تسع سنين، ويترتّب عليهجميع الآثار. (الخوئى). * إن لم يجرِ الأصل الموضوعى، وإلّا فهو مقدّم عليها. (السبزوارى). * لا تصل النوبه إلى الاستصحاب الحكميّ، مع عدم المانع من جريان استصحابعدم البلوغ. (محمّد الشيرازى). * بل لاستصحاب أنّها لم تبلغ تسعاً، ويترتّب عليه جميع الأحكام، حتّى الحرمهالمؤبّده فى الوطء مع الإفضاء، ودعوى أنّ الشكّ فى البلوغ هو بعينه شكّ فى تاريخالولاده، وأنّها تولّدت قبل التسعه أو قبل الثمانيه مثلاً مدفوعه: بأنّ موضوع الحكمفى النصوص بل الفتاوى هى المرأه الّتى لم تبلغ تسعاً، وهو بعينه مجرىالاستصحاب. (اللنكرانى).

السابقه(۱) ، فإن وطئها مع ذلک فأفضاها ولم یعلم بعد ذلک أیضاً کونها حال الوطء بالغهً أو لا لم تحرم(۲) أبداً ولو علی(۳) القول بها(۴) ؛ لعدم إحراز کونه قبل التسع(۵) ، . . . .

۱- بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنین، الّذی لا مجال معه للاستصحابالحکمیّ. (الإصطهباناتی). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنین، والظاهر ترتّب جمیع آثار الوطء قبلبلوغها تسعاً علیه، حتّی الحرمه الموبّـِده علی القول بها. (البروجردی). * استصحاب عدم بلوغها تسع سنین مقدّم؛ لأنّ الاستصحاب الموضوعیّ مقدّمعلی الاستصحاب الحکمیّ إذا کان الشکّ فی الثنی مسبّباً عن الشکّ فی الأوّل، وإنکانت النتیجه واحده. (الفانی). * الأصل الجاری فی الموضوع حاکم علی الأصل الجاری فی الحکم، وفی المقامالأصل یقتضی بقاؤها علی عدم البلوغ فیترتّب علیه الحکم. (تقی القمّی). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنین. (الروحانی).

۲- لا یُترک الاحتیاط. (الفیروزآبادی).

۳- بل تحرم أبداً علی القول بها. (عبدالهادی الشیرازی).

۴- لا تبعد الحرمه الأبدیّه علی القول بها؛ لأنّ ظاهر الدلیل أنّ موضوعهما الأمرالعدمیّ فیجری استصحابه، لا الأمر الوجودیّ حتّی یکون مثبتاً. (محمّد الشیرازی).

۵- ما اُفید فی غایه المتانه لو لم نقل بکونه کنایه عن صغرها، کما یُشعِر به بعضأخبار الباب(الوسائل: الباب (۴۵) من أبواب مقدّمات النکاح وآدابه.). (آقاضیاء). * والقَبلیّه أمر وجودیّ لابدّ من إحرازها، ولا مُحرِز إلّا الأصل وهو مثبت.(المرعشی). * موضوع الحکم علی ما یستفاد من الأدلّه هو أنّ الموطوءه لم تبلغ تسعاً، فإذاجری الأصل فیه یثبت له جمیع أحکامه حتّی الحرمه المؤبّده علی القول بها، إلّا أنیقال: إنّ مرجع الشکّ فی ذلک إلی الشکّ فی تاریخ الولاده، وإنّ الموطوءه ولدتقبل تسع سنین أو أقلّ من ذلک، ولا یکون من الشکّ فی البقاء، فلا یجریالاستصحاب. (زین الدین).

والأصل(١) لا يثبت(٢) . . . .

ص:٢٣٩

١- لا يخفى أنّه ليس فى لسان الدليل الإفضاء الّذى هو قبل التسع يوجب الحرمهالأبديّه، بل هكذا إن دخل بها فأفضاها ولم تبلغ تسع سنين إلى آخره، فالدخولوالإفضاء وجدانيّان، وعدم بلوغ التسع يستصحب، ولا يحتاج إلى التوصيف وإثباتالوصف والتقييد حتّى يَرِد إشكال الإثبات، وإن فرض استفاده التوصيف من بعضالأخبار أيضاً لا يفيد؛ لوجود العنوان الّذى ذكرنا فيها، فعنوان المحرّم أعمّ، فافهم.(الفيروزآبادى). * الظاهر أن لا- يكون استصحاب عدم البلوغ مثلاً- أو الصغر إلى زمان الوطء منالاُصول المثبته. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

٢- الظاهر أنّ استصحاب عدم البلوغ، أو عدم بلوغها تسعاً، أو استصحاب صغرهاليس بمثبت؛ لأنّ الآثار المترتّبه شرعاً إنّما رتّبت على هذه الموضوعات.(صدرالدين الصدر). * هذا إذا كان الحكم معلّقاً على عنوان القبليّه، ولكنّ الظاهر من الأخبار تعلّقه عليعدم بلوغها تسعاً، فلا يكون الاستصحاب مثبتاً، نعم، يمكن أن يقال بأنّ الظاهر منتلك الأخبار ــ حيث فصل فى الحكم بين بلوغ التسع، وعدم بلوغه ــ هو التنويع ــوالأصل لا- يثبت النوع، لكنّه فاسد جدّاً؛ لأنّ أحد النوعَين إذا كان متيقّناً سابقاً يصحّاستصحابه بلا إشكال. (الفانى).

ذلك(۱) .

نعم، يجب(۲) عليه الدِيَه والنفقه عليها(۳) ما دامت حيّه.

جريان أحكام الزوجيّه بعد الإفضاء

(مسأله ۹) : يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجه: من حرمه الخامسه، وحرمه الاُخت، واعتبار الإذن فى نكاح بنت الأخ والاُخت، وسائر الأحكام ولو على القول بالحرمه الأبديّه(۴) . بل يلحق به الولد وإن قلنا

۱- الظاهر إثباته له، وعدم كونه من الاُصول المثبته. (الروحانى).

۲- لا يخلو من شوب الإشكال. (المرعشى).

۳- هذا تفكيك غريب؛ فإنّ الأصل إذا كان لا يُثبِت الحرمه الأبديّه فكذلك لا يثبتالدِيَه والنفقه ما دامت حيّه؛ لوضوح أنّ استصحاب الصِغَر لا يُثبِت وقوع الوطءللصغيره حتّى تترتّب تلك الأحكام الثلاثه، والحكم بها غير مرتّبٍ على مطلقالوطء المحرّم. (كاشف الغطاء).

۴- بمعنى حرمه الوطء، لا بمعنى حرمه المرأه على حدّ سائر المحرّمات.(البروجردى). * أى بالنسبه إلى الوطء. (المرعشى). * أى حرمه الوطء أبداً، لا الحرمه الأبديّه الملازمه للافتراق على حدّ سائرالمحرّمات. (اللنكرانى).

بالحرمه؛ لأنّه على القول(١) بها يكون كالحرمه حال الحيض.

عدم سقوط النفقه بنشوز المفضاه

(مسأله ١٠) : فی سقوط وجوب الإنفاق علیها ما دامت حیّهً بالنشوز إشکال(٢) ؛ لاحتمال(٣) کون هذه النفقه لا من باب إنفاق الزوجه؛ ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزویج(۴) بالغیر، وکذا فی تقدّمها على نفقه الأقارب.

وظاهر المشهور أنّها، کما تسقط بموت الزوجه تسقط بموت الزوج(۵) أیضاً،

ص:٢۴١

١- بمعنى حرمه الوطء، لا بمعنى حرمه المرأه على حدّ سائر المحرّمات. (عبدالله الشیرازی). * أی على القول بحرمه وطئها أبداً. (الخمینی).

٢- أقربه عدم السقوط. (الإصطهباناتی، البروجردی). * الأقوى عدم السقوط. (الشریعتمداری). * لا إشکال فی عدم السقوط؛ لِما یظهر من کلمه «الإجراء» فی الروایه أنّ هذاالحکم لیس موقوفاً على التمکین، بل الإنفاق علیها جریمه تعبّدیّه على الزوجلتعیّب الزوجه. (الفانی). * الأقرب عدم السقوط. (الخمینی). * بل منع. (السبزواری). * والأقوى عدم السقوط بالنشوز، وإن کان من باب الإنفاق على الزوجه.(زین الدین). * الأظهر عدم السقوط. (الروحانی). * والأقرب العدم. (اللنکرانی).

٣- الأقوى عدم السقوط. (عبدالهادی الشیرازی).

۴- لا وجوب للإجراء فی هذه الصوره؛ لانصراف الإطلاق عنها، کما مرّ. (الفانی).

۵- وهو الأظهر. (المرعشی). * وهو الأقوى کذلک. (زین الدین).

لكن يُحتمل(۱) بعیداً(۲) عدم سقوطها بموته. والظاهر عدم سقوطها بعدم تمکّنه، وتصیر دَیناً علیه، ویحتمل بعیداً(۳) سقوطها.

وکذا تصیر دَیناً إذا امتنع من دفعها مع تمکّنه(۴) ؛ إذ کونها حکماً تکلیفیّاً(۵) صرفاً بعید(۶). هذا بالنسبه إلی ما بعد الطلاق(۷) ، وإلّا فما دامت فی حبالته الظاهر(۸) أنّ حکمها حکم الزوجه.

*

*

*

۱- ضعیف غایته. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۲- لا یُعتنی بهذا الاحتمال البعید، بل الضعیف. (الفانی). * ضعیف غایته، وکذا ما بعده. (الروحانی).

۳- هذا الاحتمال ضعیف. (الخمینی).

۴- بالأولویّه لو قیل بعدم السقوط فی فرض عدم التمکّن. (المرعشی).

۵- لظهور جمله «علیه الإجراء» فی الحکم الوضعیّ. (الفانی).

۶- بل قریب، فإنّه لا یُستفاد من حدیث الحلبی(الوسائل: الباب (۱) من أبواب النفقات، ح۹.) إلّا الحکم التکلیفیّ. (تقی القمّی).

۷- بل لا یبعد أن یکون حکم النفقه بعد الطلاق حکم النفقه قبل الطلاق فی جمیعالآثار، إلّا فی عدم السقوط بالنشوز؛ لانتفاء موضوعه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۸- وهو الأقوی. (المرعشی).

فصل [فی ما یجوز من عدد الأزواج]

حرمه الزیاده علی الأربع فی العقد الدائم وجوازه فی الملک والتحلیل والمنقطع

لا یجوز(۱) فی العقد الدائم الزیاده علی الأربع، حرّاً کان أو عبداً،

والزوجه(۲) حرّه أو أمه، وأمّا فی الملک والتحلیل فیجوز ولو إلی ألف، وکذا

فی العقد الانقطاعیّ(۳) .

الجمع بین أزید من أمتین للحرّ وأزید من حرّتین للعبد

ولا یجوز للحرّ(۴) أن یجمع بین أزید من أمتین(۵) ، ولا للعبد أن یجمع بین أزید من حُرَّتین(۶) ؛

صور الجمع للحرّ والعبد

وعلی هذا فیجوز للحرّ أن یجمع بین أربع حرائرَ أو

ص:۲۴۳

۱- وضعاً لا تکلیفاً. (اللنکرانی).

۲- فی العباره نوع حزازه. (الفیروزآبادی).

۳- مع أنّها زوجه، کما قدّمنا، لکنّها خرجت عن هذا الحکم بالنصّ المقدّم علیمعارضه. (المرعشی).

۴- فی هذه العباره وکذا العباره اللاحقه مسامحه، تظهر بالتأمّل فیهما وفی بعض مافرّعه علیهما. (اللنکرانی).

۵- لکنّ الأمَتَین لیستا تمام النصاب بالنسبه إلی الحرّ، بخلاف الحرّتَین بالنسبه إلیالعبد، کما یظهر ذلک من الفروع المذکوره. (الإصطهباناتی). * لکنّهما لیستا تمام نصابه، بخلاف الحرّتَین للعبد فإنّهما تمام نصابه، وعلی هذایتفرّع ما ذکره من الفروع. (البروجردی). * من الإماء بأن ینکح ثلاث إماءٍ أو أکثر، أمّا نکاح أمَتَین وحرّهٍ أو حرّتَین فلا مانعمنه، کما یأتی. (محمّد رضا الگلپایگانی). * المستفاد من النصّ أنّ العبد مخیّر بین الجمع بین حرّتَین، أو یجمع بین أربع إماء،ویترتّب علیه عدم جواز جمعٍ بین الحرّه والأمه علی الإطلاق. (تقی القمّی).

۶- من مطلق النساء حتّی الإماء، یعنی إذا کانت تحت العبد حرّتان لا یجوز لهتزویج غیرهما من النساء، حرّهً کانت أو أمه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * وإذا جمع بین حُرَّتَین فهما تمام نصابه. (زین الدین).

ثلاثَ وأمه، أو حُرَّتَين وأمَتَين(۱) ، وللعبد أن يجمع بين أربع إماءٍ، أو حرّةٍ وأمَتَين، أو حُرَّتَين(۲) ، ولا يجوز له أن يجمع بين أمَتَين وحُرّتَين(۳) ، أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر، أو ثلاث إماءٍ(۴) وحرّه(۵) ، كما لا يجوز للحرّ أيضاً أن يجمع بين ثلاث إماءٍ(۶) وحرّه.

حكم العبد والأمه المبعّضين

(مسأله ۱) : إذا كان العبد مُبَعَّضاً أو الأمه مُبَعَّضهً ففى لحوقهما بالحرّ أو القِنّ إشكال، ومقتضى الاحتياط(۷) . . . .

۱- أى لا يجوز له تزويج أكثر منهما من جنسهنّ، وأمّا الحرائر فيجوز أن يتزوّجمنهنّ، كما سيأتى. (المرعشى).

۲- لا أزيد منهما من جنسهما ومن الإماء. (المرعشى).

۳- ولا أمه وحرّتَين. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- هذا الحكم وإن كان صحيحاً لكن ليس متفرّعاً على عدم جواز الجمع بين أزيدمن حرّتَين. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- ولا بين حرّتَين وأمه. (صدرالدين الصدر). * ولا بين أمهٍ وحُرّتَين. (زين الدين).

۶- يعلم حكمه من عدم جواز الأزيد من أمَتَين. (المرعشى). * بعد ما علم عدم جواز الجمع له بين أزيد من أمَتَين علم عدم جواز الجمع بينثلاث إماء، سواء كانت معهنّ حرّه أم لا، فذكر الحرّه غير محتاجٍ إليه. (محمّد رضاالگلپايگانى).

۷- لا يُترك. (الإصفهانى، الإصطهباناتى، البروجردى، عبدالله الشيرازى، الخمينى،السبزوارى، اللنكرانى). * لا يُترك الاحتياط. (الحائرى). * بل لا يخلو من قوّه؛ لأنّ المبعّض ذات له الوصفان، ويترتّب على كلّ وصفٍ مايقتضيه ذلك الوصف، ويمنع عن كلّ ما يمنعه، فبالنسبه إلى الحكم الاقتضائىّ لانحتاج إلى الاستصحاب، وبالنسبه إلى دفع ماعداه لا يجرى الاستصحاب أيضاً، بلإطلاق الدليل المقابل محكم، وإن شئت قلت: مقتضى وجود الوصفَين الجمع بينالدليلَين. (الفانى). * لا ينبغى تركه. (المرعشى).

أن یکون(۱) العبد المبعّض کالحرّ بالنسبه إلی الإماء، فلا یجوز له الزیاده علی

أمَتَین، وکالعبـد القنّ بالنسـبه إلی الحرائر فلاـ یجوز له الزیاده علی حُرَّتین، وأن تکون الأمه المبعّضه کالحرّه إلی العبـد، وکالأمه بالنسبه إلی الحرّ.

بـل یمکن أن یقال: إنّه بمقتضـی القاعـده بـدعوی أنّ المُبعَّض حرّ وعبـد والمبعّضه حرّه وأمه، فمن حیث حرّیّته لا یجوز له أزید من أمَتَین، ومن حیث عبدیّته لا یجوز له أزید من حُرَّتَین. وکذا بالنسبه إلی الأمه المبعّضه.

إلّا أن یقال: إنّ الأخبار الدالّه علیأنّ الحرّ لا یزید علی أمَتَین والعبد لا یزید علی حُرَّتَین منصرفه(۲) إلی . . . . . .

ص:۲۴۵

۱- هذا الاحتیاط لا یُترک. (البجنوردی).

۲- ولو سلّم دعوی الانصراف فکونه من الانصرافات البـدویّه الّتی لاـ عبره بهـا ظـاهر.(النـائینی، جمـال الـدین الگلپایگانی). * الانصـراف ممنوع. (محمّـد رضـا الگلپایگانی). * لکنّه بـدویّ لا اعتبار به. (السبزواری). * لیس من الانصـراف، بل لأنّ موضوع الحکم فی الأدلّه هـو الإنسـان الحرّ والإنسانالعبـد، فلاـ یشـمل المُبَعَّض، فـالمرجع فیه هو العمومـات، ولاـ بُعـد فی ذلـک، ولکن لایُترک الاحتیاط. (زین الدین).

الحرّ(۱) والعبـد الخالِصَـين، وكـذا فى الأمه. فالمبعّض قسم ثالث(۲) خـارج عن الأخبـار، فـالمرجع عمومـات الأدلّه على جواز التزويج، غايه الأمر عدم جواز الزياده على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائرَ أو أربع إماء، لكنّه بعيد(۳) ؛

من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص.

وحينئـذٍ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصـحاب(۴) ، ومقتضـاه إجراء حكم العبـد والأمه عليهما. ودعوى تغيّر الموضوع(۵) ، كما ترى.

فتحصّل: أنّ الأولى الاحتياط الّذى ذكرنا أوّلاً، والأقوى العمل بالاستصحاب(۶) ، وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما.

۱- وهو الحقّ الّذى لا محيص عنه، والاحتياط فى باب الفروج أحرى. (المرعشى).

۲- هذا الاحتمال مقتضى الصناعه، ولا بُعد فيه. (تقى القمّى).

۳- فى الاستبعاد منع. (المرعشى). * لا بُعد فيه، بل هو الأظهر. (الروحانى).

۴- بناءً على اعتبار استصحاب التعليقىّ. (السبزوارى). * فيه نظر؛ لكونه من الاستصحاب التعليقىّ. (الروحانى).

۵- هـذه الـدعوى موافقه للوجـدان، فلا يجرى استصـحاب الموضوع بعـد العلم باجتماعالوصـفَين على نحو ما بيّنّاه، فالأقوى عدم جريان الاستصحاب. (الفانى).

۶- فيه تأمّـل. (الكوه كَمَرى). * فى جريـان الاستصـحاب نظر. (عبـدالهادى الشـيرازى). * لو أغمض عن المناقشـات فى جريانه. (المرعشى). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئى). * فيه نظر. (محمّد الشيرازى). * فيه إشكال. (حسن القمّى).

عتق العبد عن ثلاث أو أربع إماء

(مسأله ۲) : لو كان عبـد عنـده ثلاث أو أربع إماءٍ فأُعتق وصار حرّاً لم يجز إبقاء الجميع؛ لأنّ الاسـتدامه كالابتداء(۱) ، فلابدّ من إطلاق(۲) الواحده أو الاثنتَين. والظاهر كونه مخيّراً بينهما(۳) ، كما فى إسلام الكافر عن أزيد من أربع(۴) .

ويحتمل القرعه(۵) ، والأحوط(۶) أن يختار(۷) . . . .

ص:۲۴۷

۱- فى خروجه عن الزوجيّه قهراً. (آقاضياء).

۲- بل مقتضى القاعده انتفاء الزوجيّه بالنسبه إلى جميع الأطراف؛ لعدم المرجّح،ودليل القرعه لا يشمل المقام. (تقى القمّى).

۳- هذا هو الصحيح، والقرعه فيما إذا كان له واقع مجهول ظاهراً، فلا مورد لها هاهنا.(البجنوردى).

۴- وكما فى العقـد على الاُختَين دفعةً واحـده، وفى العقد على خمسٍ فى عَقدهٍواحده، وفى العقد على امرأتَين لمن عنده ثلاث. (الفانى).

۵- فيـه منع؛ إذ القرعـه على الأـقوى مختصّـه بالمشـتبه ظـاهراً والمتعيّن واقعـاً، وفيـالمورد لاـ تعيين حتّى يسـتكشف بهـا تعبّـداً. (المرعشى).

۶- لاـ يُترك، وكـذا فيمـا يـأتى. (السبزوارى). * لاـ يُترك الاحتيـاط بـأن يُقرَعَ بينَهُنَّ، ثمّ يختار مَن عيّنتها القرعه منهنّ، وأحوط منذلك أن يطلِّقَهنّ جميعاً ثمّ يُجدِّد العقد على مَن يشاء منهنّ. (زين الدين). * لا يُترك. (اللنكرانى).

۷- لاـ يُترك هـذا الاحتياط باختيار القرعه واختيار ما خرج بها. (الإصـفهانى). * لا يُترك هـذا الاحتياط باختيار القرعه. (عبـدالله الشيرازى). * بل الأحوط طلاق الجميع، ثمّ العقد على الواحده أو الاثنتَين. (محمّد رضاالگلپايگانى).

هو القرعه(۱) بينهنّ(۲) .

ولو اُعتقت أمه أو أمَتَان: فإن اختارت الفسخ(۳) حيث إنّ العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو(۴) ، وإن اختارت البقاء يكون الزوج

ص:۲۴۸

۱- لا يُترک الاحتياط باختيار القرعه ثمّ اختيار ما خرج بها. (الإصطهباناتی). * لا يُترک مقتضی الاحتياط. (حسن القمّی).

۲- لا يُترک الاحتياط باختيار القرعه ثمّ اختيار ما خرج بها. (الروحانی). * لا يُترک الاحتياط بالقرعه فی الفرعَين. (الخمينی). * بل هو الأظهر (الخوئی)(وفی حاشيهٍ اُخری له قدّس سرّه فی نسخهٍ اُخری: «لا يُترک الاحتياط». * سقوط اختيار الزوج بالفسخ من قبلها موضع تأمّل، فلا يُترک الاحتياط بأن يُقرَعبين الباقی منهنّ، ثمّ يختار منهنّ مَن عَيَّنَتهُ القرعه. (زين الدين).).

۳- سقوط اختيار الزوج بفسخها محلّ تأمّل، لکنّ الأحوط حينئذٍ اختيار إبقاءالنصاب من غيرها. (البروجردی). * اللازم ملاحظه زمان انعتاق الأمه أو الأمَتَين، وأنّه هل للزوج حينئذٍ أزيد منأمَتَين وحرّتَين، أم لا؟ وبالجمله: لابدّ وأن يلاحظ أنّ المورد مصداق لأيّ حکم؛لأنّه لو لم يکن عنده أزيد من الحدّ المعتبر الشرعیّ فلا يکون مجالاً لبقاء اختيارالزوج، إلّا أن يقال بأنّه بعد عتقه کان مأموراً بإطلاق أزيد من الأمَتَين، ومقتضیذلک بطلان نکاح الزائد عليهما لا علی نحو التعيين، ولا يرجع الحکم بالبطلان إلیالصحّه بعد انعتاق الأمه، وهذا هو التحقيق. (الفانی).

۴- أی فهو واضح، ولا إشکال فيه. (الفيروزآبادی).

مخيّراً(۱) ، والأحوط اختياره القرعه(۲) ، كما فى الصوره الاُولى.

الشكّ فى أنّ عقد الأربع بالدائم

(مسأله ۳) : إذا كـان عنـده أربع وشكّ فى أنّ الجميع بالعقـد الـدائم، أو البعض المعيّن، أو غير المعيّن منهنّ بعقـد الانقطاع ففى جواز نكاح الخامسه دواماً إشكال(۳) .

ص:۲۴۹

۱- هـذا إذا كـانت عنـده أربع إمـاء، أو كـانت المعتَقَه أمَتَين، وأمّـا إذا كانت عنـده ثلاثإماءٍ وكانت المعتَقَه إحـداها فلا مانع من الجمع بينها وبين الباقيَتين؛ فإنّه من الجمعيين حرّهٍ وأمَتَين. (الخوئى).

۲- قد تقدّم أنّ المورد ليس من مواردها. (المرعشى).

۳- فلاـ يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادى). * الأقوى جوازه للاستصـحاب الجارى فى جواز أصل التزويـج. (آقاضـياء). * والأقوى الجواز. (صدرالدين الصدر). * وإن كان الجواز أشبه. (الخمينى). * الأحوط الترك. (المرعشى). * أظهره الجواز. (الخوئى). * بـل يمكن إثبات الـدوام بأصاله عـدم ذكر الأجـل؛ بناءً على القول بـأنّ الـدواموالمتعه من قبيـل الزائـد والناقص. (محمّـد رضـا الگلپايگـانى). * مقتضـى أصاله الإبـاحه هو الجواز بعـد كون التمسّـك بالعمومـات من التمسّـك بالعامّفى الشـبهه المصـداقيّه، ومعارضه أصاله عـدم ذكر الأجل بأصاله عـدم المانع من أخذالخامسه، وطريق الاحتياط أن يفارق إحداهنّ بالطلاق وهبه المدّه، ثمّ يعقـد عليهاانقطاعـاً، ثمّ يتزوّج بالخـامسه. (السبزوارى). * فلاـ يُترك الاحتيـاط، بل المنع أقوى. (زين الـدين). * والجواز غير بعيد، وإن كان الاحتياط لا ينبغى تركه. (محمّد الشـيرازى). * مقتضـى القاعده عدم الجواز؛ فإنّ المستفاد من الكتاب عدم جواز التزويجبالخـامسه على الإطلاـق، والانقطـاعىّ خـارج بالـدليل المنفصـل، ومنفىّ بالأصـل. (تقيـالقمّى). * الأـظهر هـو الجـواز. (الروحانى). * والأظهر الجواز. (اللنكرانى).

من كان عنده أربع فطلّق واحده وأراد نكاح الخامسه

(مسأله ۴) : إذا كـان عنـده أربع فطلّق واحـدهً منهنّ وأراد نكـاح الخـامسه : فـإن كـان الطلاـق رجعيّاً لاـ يجوز له ذلـك إلّا بعد خروجهـا عن العِدّه، وإن كان بائناً ففی الجواز قبل الخروج عن العِدّه قولان: المشـهور علی الجواز؛ لانقطاع العصـمه بينه وبينها. وربّما قيل(۱) بوجوب الصبر(۲) إلی(۳) انقضاء عدّتها(۴) ؛ عملاً بإطلاق جملهٍ من الأخبار(۵)،

ص:۲۵۰

۱- وهو الأحوط اللازم رعـايته، والتعليل بانقطاع العصـمه إن تمّ لا فرق حينئـذٍ بين الخامسه الّتی هی اُخت المطلّقه وبين غيرها، وحمل الروايات علی الكراهه منظورفيه. (المرعشی).

۲- هـذاالقول إن لم يكن أظهر فهـو أحوط. (الخوئی). * وهو الأقوی؛ لإطلاـق نصوص المنع. (تقی القمّی). * هـذاالقول أظهر بحسب الدليل، إلّا أنّ تسالم الأصحاب علی عدم وجوبه يمنعءن الإفتاء به، فالاحتياط بالترک لا يُترک. (الروحانی).

۳- وهذا هو الأحوط. (البجنوردی).

۴- وهو إن لم يكن أقوی فهو أحوط، فلا يُترک. (زين الدين).

۵- [۵] الوسائل: الباب (۳) من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، ح۱ _ ۴.

والأقوی(۱) المشهور(۲) ، والأخبار محموله(۳) علی الکراهه.

هذا، ولو کانت الخامسه اُختَ المطلّقه فلا إشکال(۴) فی جواز(۵) نکاحها قبل الخروج عن العِدّه البائنه(۶) ؛ لورود النصّ(۷) فیه(۸) ؛ معلّلًا بانقطاع العصمه.

۱- فیه تأمّل، والأحوط الصبر إلی انقضاء العِدّه، حتّی فیما إذا کانت الخامسه اُختالمطلّقه، والنصّ الوارد فیها ساکت عن حیثیّه کونها خامسه، والتعلیل بانقطاع العصمه لاظهور له فی کونه تمام العلّه بحیث یتعدّی إلی غیر الاُختَین. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- فیه نظر، ولا یُترک الاحتیاط بالصبر. (حسن القمّی).

۳- هذه الأخبار محموله علی العِدّه الرجعیّه؛ لأنّ الرجعیّه بمنزله الزوجه، فیمکنجریان الملاک لحرمه الخامسه، وهو اجتماع ماء الرجل فی خمسٍ فیها بالرجوع،ولیس الأمر فی البائنه علی ما ذکر. (الفانی).

۴- لا فرق بین اُخت المطلّقه وغیرها؛ لعموم التعلیل وهو انقطاع العصمه بینهما.(البجنوردی).

۵- بل لا إشکال فی عدم الجواز؛ لعدم جامعٍ بین المقامَین. (تقی القمّی).

۶- بل هو مشکل کسابقه، والنصّ والتعلیل إنّما جوّز نکاحها بما هی اُخت مطلقته،ولا یقتضی جواز نکاحها بما هی خامسه، فلا یُترک فیها الاحتیاط. (زین الدین).

۷- لا دلاله للنصّ علی جواز الخامسه إذا کانت اُختاً بعنوان الخامسه، بل هی تدلّعلی جواز تزویج الاُخت فی عدّه اُختها المطلّقه بائناً، فهی فی مقام دفع توهّم عدمجواز الجمع، والتعلیل قد عرفت أنّه علی تقدیر التمامیّه یعمّ الاُخت وغیرها. (المرعشی). * النصّ المذکور دالّ علی الجواز من حیث الجمع بین الاُختَین، لا مِن حیث الجمعبین الخَمس. (حسن القمّی).

۸- النصّ لا یدلّ علی الجواز فیها من حیث کونها خامسه، إلّا من جهه التعلیلبانقطاع العصمه، ولا فرق حینئذٍ بین کونها اُختاً أو غیرها، ولا ینبغی ترک الاحتیاطفی کلتا المسألتین. (البروجردی). * تقریب ذلک: أنّ إطلاق جواز نکاح الاُخت بعد الطلاق البائن لاُختها من دونفصلٍ له نحو حکومهٍ علی الأخبار السابقه إن سلّمنا إطلاقها بالنسبه إلی العِدّهالبائنه. (الفانی). * أی یُستفاد من النصّ وإن لم یرد فی خصوص المسأله. (الخمینی). * لم یرد نصّ فی المقام، وإنّما ورد فی جواز نکاح المرأه فی عدّه اُختها إذا کانالطلاق بائناً، وبین المسألتین بون بعید؛ وعلیه فلا فرق فی الخامسه بین کونها اُختاًللمطلّقه وعدمه. (الخوئی). * النصّ ورد من حیث الجمع بین الاُختَین، لا من حیث تزویج الخامسه، فیشکلبناءً علی هذا القول لو کانت الاُخت خامسه، إلّا أن یتمسّک بالإطلاق. (السبزواری). * النصّ وارد فی الجواز من حیث الجمع بین الاُختین، لا من حیث الجمع بینالخمس، فلا فرق بین کون الخامسه اُختاً أو غیرها. (الروحانی). * لم یَرِد نصّ فی خصوص الفرض، بل إنّما ورد فی نکاح الاُخت فی عدّه اُختها،دالّاً علی جواز الخطبه إذا أبرأ عصمتها فلم یکن له علیها رجعه، ویمکن دعویالإطلاق فیه بحیث یشمل المقام، لکنّها بعیده، کما أنّه قد استُفِید منه أنّ الملاک کونالطلاق بائناً، بلا فرقٍ بین مورده وبین سائر الموارد، والاستفاده غیر واضحه، فلایمکن الاستناد إلیه للجواز فی الطلاق البائن مطلقاً. (اللنکرانی).

كما أنّه لا ينبغى الإشكال إذا كانت العِـدّه لغير الطلاق كالفسخ بعيبٍ أو نحوه. وكذا إذا ماتت الرابعه فلا يجب الصبر إلى أربعه أشهرٍ وعشر. والنصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره(١) ، ومحمول على الكراهه.

وأمّا إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدّه حتّى يجب الصبر، أو لا يجب.

*

*

*

١- والرجحان معه لكونه أحدث. (تقى القمّى).

فصل [فی التزویج فی العدّه]

حرمه التزویج فی عدّه الغیر

لا یجوز التزویج(۱) فی عدّه الغیر(۲) دواماً(۳) أو متعه، سواء کانت عـدّه الطلاق بائنهً أم رجعیّه، أو عـدّه الوفاه، أو عـدّه وطء الشبهه، حرّهً کانت المعتدّه أو أمه.

ولو تزوّجها حرمت علیه أبـداً إذا کانا عالِمَین بالحکم والموضوع، أو کان أحـدهما عالِماً بهما مطلقاً، سواء دخل بها أم لا، وکذا مع جهلهما بهما(۴) لکن بشرط الدخول بها.

تحریم المزوّجه فی العدّه مطلقاً دواماً ومتعه قبلاً دخل أو دبراً

ولا فرق فی التزویج بین الدوام والمتعه، کما لا فرق فی الدخول بین القُبُل والدُبُر(۵) .

ص:۲۵۳

۱- وکذا الخِطبه علی الأقوی فی الرجعیّه، وفی غیرها علی الأحوط الأولی.(المرعشی). * وأمّا تزویج ذات البعل فسیأتی حکمه فی المسأله التاسعه. (اللنکرانی).

۲- وکذا لا یجوز التصریح بالخِطبه فی عدّه الغیر مطلقاً، ویجوز التعریض فی غیرالرجعیّه، وأمّا فیها فلا یجوز؛ لأنّها زوجه، نعم، للزوج التصریح بالخِطبه والتزویجلنفسه فی عدّه البائن إذا لم یکن مانع من تزویجها. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- إن کان قوله: «دواماً أو متعه» راجعاً إلی الغیر الّذی هی فی عدّته فلا وجه لترکذکر عدّه المتعه فی أقسام العِدَد، وإن کان راجعاً إلی التزویج الّذی لا یجوز فلامجال للتصریح به ثانیاً، فالعباره غیر کامله. (اللنکرانی).

۴- أو بأحدهما. (اللنکرانی).

۵- لإطلاق الدخول الوارد فی النصّ؛ ولما ورد أنّه أحد المأتیّین، ولِما فی الحکمبالتحریم أبداً من الاحتیاط، نعم، لو عقدها بعد العِدّه اتّفاقاً فلا یُترک الاحتیاطبالطلاق أیضاً. (محمّد رضا الگلپایگانی). * علی الأحوط. (تقی القمّی).

ما لا یلحق بالتزویج فی العدّه من الموارد

ولا یلحق بالعدّه أیّام استبراء الأمه، فلا یوجب التزویج فیها حرمهً أبدیّهً ولو مع العلم والدخول. بل لا یبعد جواز تزویجها فیها وإن حرم الوطء قبل انقضائها، فإنّ المحرّم فیها هو الوطء دون سائر الاستمتاعات.

وکذا لا یلحق بالتزویج الوطء بالملک أو التحلیل، فلو کانت مزوّجهً فمات زوجها أو طلّقها ـ وإن کان لا یجوز لمالکها وطوها ولا الاستمتاع بها فی أیّام عدّتها ولا تحلیلها للغیر ـ لکن لو وَطِئها أو حلّلها للغیر فوطئها لم تحرم(۱) أبداً علیه(۲) ، أو علی ذلک الغیر ولو مع العلم بالحکم والموضوع.

عدم إلحاق وطء المعتده شبهه ولا زناً ما عدا الرجعیّه

(مسأله ۱) : لا یلحق بالتزویج فی العِدّه وطء المعتدّه شبههً(۳) من غیرعقد، بل ولا زناً إلّا إذا کانت العِدّه رجعیّه، کما سیأتی. وکذا إذا کان بعقدٍ فاسد؛ لعدم تمامیّه(۴) أرکانه.

وأمّا إذا کان بعقدٍ تامّ الأرکان وکان فساده لتعبّد شرعیّ ـ کما إذا تزوّج(۵) اُخت زوجته فی عدّتها أو . . . .

۱- إذا کان الزنا فی العِدّه الرجعیّه یوجب الحرمه. (تقی القمّی).

۲- هذا فی غیر العِدّه الرجعیّه، وأمّا فیها فیجری علیها حکم الزنا بذات البعل.(الخوئی).

۳- قید للوطء، لا للمعتدّه. (اللنکرانی).

۴- لعدم صدق العقد علیه عند المتشرّعه. (المرعشی).

۵- التمثیل بالاُمّ مطلقاً، وبالبنت فی صوره الدخول بالاُمّ لا مورد له لحرمتها مع قطعالنظر عن ذلک. (صدرالدین الصدر).

أُمّها(۱) أو بنتها(۲) أو نحو ذلک ممّا یصدق علیه التزویج وإن کان فاسداً شرعاً

ص:۲۵۵

۱- لا- یخفی أنّ اُمّ الزوجه لکونهـا من المحرّمـات الأبـدیّه بنفسـها ولا یعقل أن یترتّبأثر علی العقـد علیها فی عـدّتها فـذکرها فی المقام من غلط الناسخ، أو سـهو القلم، بللا یسـتقیم ذکر بنتها أیضاً فی المقام إلّا مع التقیید بعدم الدخول بأُمّها لا مطلقاً.(النائینی، جمـال الـدین الگلپایگانی). * هـذه الکلمه من سـهو القلم، أو غلط النُسّاخ. (الخوئی). * لا ریب فی أنّ اُمّ الزوجه من المحرّمات الأبـدیّه بنفسـها وإن لم یعقـد علیها فیالعـدّه، وکـذلک بنت الزوجه مع الـدخول بأُمّها؛ ولذلک جعل بعض الأعاظم(وهما المیرزا محمّـد حسین النـائینی والسیّد جمـال الـدین الگلپایگانی».) منالمحشّـین عباره المتن من غلط الناسِـخین أو من سـهو القلم، وقد یتکلّف لتصحیحالفرض بـأن یکون تزوّج کلّاً من الاُمّ والبنت بعقـدٍ واحـدٍ وکانا جمیعاً فی العـدّه منالغیر، فإنّ کلّ واحـدٍ منهما تکون من صـغریات المسأله، ولکنّ الفرض بعیـد. (زین الدین). * ذکر الاُمّ مطلقاً وإطلاق ذکر البنت کلاهما من سـهو القلم، أو غلط الناسخ. (اللنکرانی).

۲- إذا لم یـدخل بالأُـمّ وأمّـا أمّ الزوجه فهی محرّمه أبـدیّه مطلقاً، ولا وجه لـذکرها فیالمقام. (الکوه کَمَری). * لا وجه لـذکر اُمّ الزوجه فی المقـام؛ لإنّ الکلام فیما إذا لم یکن موجب آخرللحرمه الأبـدیّه ــ کاُخت الزوجه مثلاً ــ حتّی یتکلّم فی أنّ تزویجها فی العِدّه موجبلحرمتها أبداً أم لا، وأمّا اُمّ الزوجه فهی محرّمه أبداً ولو لم تزوّج فی العِدّه، وکذا بنتالزوجه مع الدخول بأُمّها، نعم، لو لم یـدخل بأُمّها کانت داخله فی محلّ الکلام،فـذکرها علی الإطلاق أیضاً لا وجه له. (الإصـطهباناتی). * وحیث إنّ اُمّ الزوجه وکـذلک بنتها بعـد الـدخول بأُمّها من المحرّمات الأبـدیّه فالعقد فی العِدّه أو الدخول فیها لا تأثیر لهما فی التحریم أبداً، فالتمثیل بهما فی المقام مناشـتباه النُسّاخ، أو سـهو من قلمه الشـریف. (البجنوردی). * فی الاُمّ والبنت سهو من القلم، أو اشتباه من النُسّاخ، نعم، فی البنت مع عدمالدخول بالزوجه یصحّ فرضه، وإن کان خارجاً عن مفروض المسأله. (عبدالله الشیرازی). * لا یخفی أنّ اُمّ الزوجه محرّمه أبـداً، سواء فرض وقوع عقـدٍ علیهـا فی العِـدّه أم لا-فلا- یـدخل فی محـلّ الترديـد، فکأنّه من سـهو القلم، أو غلط النُسّاخ، وفی مثال اُمّالزوجه لابـدّ من التقییـد بعـدم الـدخول بأُمّها. (الشـریعتمداری). * تحرم اُمّ الزوجه أبداً وبنت الزوجه بشـرط الدخول بأُمّها. (الفانی). * لا وجه لذکرهما؛ إذ الاُمّ محرّمه قبل العقد وبعده، والبنت کذلک بشـرط الدخولبالاُمّ. (المرعشـی). * ذکر الاُمّ فی المقام لعلّه من سهو الناسخ؛ لأنّ اُمّ الزوجه من المحرّمات الأبدیّه،وعقدها فی العِدّه لا تأثیر له فی التحریم، وکـذلک الرَبیبه مع الـدخول بأُمّها، ومع عدمالـدخول بالاُمّ فالعقـد علیها بعـد بینونه الاُمّ صـحیح لولا العِـدّه. نعم، لو تزوّج الاُمّوالبنت بعقدٍ واحـدٍ فی عـدّتهما فکـانت من صـغریات هـذه المسأله، وکـذا الاُـختَین.(محمّـد رضـا الگلپایگانی). * اُمّ الزوجه من المحرّمات الأبـدیّه، لا- تصـلح مثالاً للمقام، وکـذا بنتها مع الـدخولبأُمّها، فلابـدّ وأن تُقیّد بعـدم الـدخول حتّی تصلح للمثالیّه، والأمر سـهل. (السبزواری). * ذکر الاُمّ بل والبنت مع عدم التقیّد بعدم الدخول لعلّه من سـهو القلم. (حسن القمّی). * ذکر الاُمّ من سهو القلم؛ لأنّها من المحرّمات الأبدیّه، وأمّا البنت فلابدّ منتقییدها بما إذا لم یدخل بالاُمّ. (الروحانی).

ـ ففی کونه کالتزویج الصحیح إلّا من جهه کونه فی العِدّه وعدمه ـ لأنّ المتبادر من الأخبار التزویج الصحیح مع قطع النظر عن کونه فی العِدّه ـ

ص:۲۵۶

إشكال، والأحوط(۱) الإلحاق(۲) فی التحریم(۳) الأبدی، فیوجب الحرمه مع العلم مطلقاً، ومع الدخول فی صوره الجهل.

التزویج فی العدّه من قِبَل الولیّ والوکیل

(مسأله۲) : إذا زوّجه الولیّ(۴) فی عدّه الغیر(۵) مع علمه

ص:۲۵۷

۱- الأولی. (الفانی). * لا یُترک. (المرعشی). * بل الأظهر؛ فإنّ الموضوع فی لسان الأدلّه عنوان التزویج فی العِدّه، ولا إشکالفی صدق العنوان المذکور؛ إذ الألفاظ لا تکون موضوعهً للصحیح الشرعیّ. (تقی القمّی).

۲- والأولی. (الکوه کَمَری). * فی اُخت الزوجه، وأمّا بالنسبه إلی اُمّ الزوجه وبنتها فینبغی التأمّل فیه حکماًوموضوعاً. (صدرالدین الصدر). * لا بأس بترکه. (الخوئی). * لا ینبغی ترک الاحتیاط، وإن کان الأقوی عدم الإلحاق. (زین الدین). * هذا الاحتیاط لا ینبغی ترکه، وإن کان غیر لازم. (محمّد الشیرازی).

۳- بل الأقوی عدمه؛ لعدم مساعده الدلیل بعد کون الحکم علی خلاف القاعده.(آقاضیاء). * بأن لا یتزوّجها، ولکن لو عقد علیها ولو جهلاً فلا یُترک الاحتیاط بالطلاق .(محمّد رضا الگلپایگانی). * یعنی مراعاه مقتضی الاحتیاط. (حسن القمّی).

۴- علم المولّی علیه وجهله لا دخل لهما فی ترتّب الحکم وعدمه؛ إذ موضوع الحکمعنوان التزویج، والتزویج مستند إلی الولیّ، لا إلی المولّی علیه. (تقی القمّی).

۵- لا ولایه لأحدٍ علی غیره بالنسبه إلی التزویج فی العِدّه؛ ولذا لا یترتّب علیه شیءمن آثار العقد فی العِدّه مطلقاً، ولو مع الدخول وعلم الولیّ، وکذلک الوکیل فی العقدالصحیح، سواء کان وکیلاً فی عقد امرأهٍ معیّنهٍ أو غیر معیّنه. نعم، لو کان وکیلاً للعقدفی العِدّه أو لعقد امرأهٍ معیّنهٍ فی عِدّتها ففیه وجهان: من بطلان الوکاله، والمتیقّن ممّایوجب الحرمه الأبدیّه عقده مباشرهً، ومن صدق العقد فی العِدّه ولو بالتسبیب،والمناط حینئذٍ علم الموکّل. (محمّد رضا الگلپایگانی).

بالحکم(۱) والموضوع، أو زوّجه الوکیل فی التزویج بدون تعیین(۲) الزوجه(۳) کذلک لا یوجب الحرمه الأبدیّه؛ لأنّ المناط(۴) علم الزوج،لا ولیّه أو وکیله، نعم، لو کان وکیلاً فی تزویج امرأهٍ معیّنهٍ(۵) وهی فی

ص:۲۵۸

۱- ظاهر ما یأتی من التعلیل بقوله: «لأنّ المناط» رجوع الضمیر إلی الولیّ، وکذا فیالوکیل؛ وعلیه فلا وجه لزیاده فرعٍ ثالثٍ بقوله: «نعم ، لو کان». وإن أرجع الضمیرإلی المولّی علیه صحّت الفروع الثلاثه، ولکن لا یلائمه التعلیل، وعلی أیّ حالٍ فلاتخلو هذه المسأله من الاضطراب فی التعبیر. (الکوه کَمَری).

۲- أی تعیین الموکّل مرأهً وهی فی العِدّه مع علم الوکیل. (الفیروزآبادی).

۳- بل حتّی لو کانت الزوجه معیّنهً وکان الموکّل جاهلاً بأنّها فی عدّه، وکان الوکیلعالماً فإنّها لا تحرم علیه أبداً إلّا بالدخول. (زین الدین).

۴- بل لأنّ هذا التزویج خارج عن دائره الوکاله؛ لتعلّقها بالتزویج الصحیح، ومعخروجه یصیر فضولیّاً لا یتفاوت الحال فیه بین علم الموکّل وعدمه، نعم، لو أجازهمع العلم وقلنا بشمول الأدلّه للعقد الفضولیّ أیضاً لا یبعد الحکم بالحرمه الأبدیّه.(اللنکرانی).

۵- أو إحدی المعیّنات تخییراً، وکانت إحداهنّ فی العِدّه فاختارها الوکیل فإنّتزویجه بها یوجب الحرمه الأبدیّه، کمباشرته بنفسه إن علم أنّها فی العِدّه، ومعالدخول إن لم یعلم. (کاشف الغطاء). * لا یظهر فرق بین التوکیل فی تزویج امرأهٍ معیّنه وامرأهٍ غیر معیّنه؛ إذ المدار فیکلیهما علی عدم الموکّل، ولو فرض جهل الموکّل مع الدخول بها حرمت فی کلتاالصورتین، فلا فرق. (الشریعتمداری). * لا فرق بین المعیّنه وغیرها، بل المیزان علم الموکّل بالموضوع والحکم، فلا وجه للتفریق. (تقی القمّی).

العِدّه(۱) فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه، لكنّ المدار عِلم الموكّل(۲) ، لا الوكيل(۳) .

جواز تزويج من فى العدّه لنفسه

(مسأله ۳) : لا إشكال فى جواز تزويج مَن فى العِدّه لنفسه(۴) ، سواء كانت عدّه الطلاق، أم الوطء شبههً، أم عدّه المتعه، أم الفسخ بأحد الموجبات(۵) أو المجوّزات له، والعقد صحيح، إلّا فى العِدّه الرجعيّه فإنّ

۱- وكذا لو أذن فى تزويج إحدى المعيّنات على سبيل التخيير، وكانت إحداهنّ فيالعِدّه فاختار الوكيل تزويج مَن فى العِدّه فإنّ الظاهر فى هذه الصوره أيضاً أنّه كمباشرته بنفسه فى أنّه يوجب الحرمه الأبديّه إن علم بكونها فى العِدّه، وبشرط الدخول إن جهل بذلك. (الحائرى). * أو إحدى المعيّنات تخييراً، وكانت إحداهنّ فى العدّه فاختارها الوكيل فإنّها تحرمعليه أبداً بالتزويج إذا كان هو عالماً بأنّها ذات عدّه، وإذا كان جاهلاً لم تحرم إلّابالدخول. (زين الدين).

۲- أو دخوله مع الجهل. (اللنكرانى).

۳- بعد كون المدار على علم الموكّل لا فرق بين كون الوكاله على تزويج امرأهٍ معيّنهٍأو لا، فالتقييد به لم يظهر وجهه. (السبزوارى).

۴- أى فى العِدّه الّتى تتربّصها المرأه من جهه نفس الزوج. (الفيروزآبادى).

۵- فلا مورد للتزويج فى العِدّه حيثما ينفسخ العقد لنفسه. (صدرالدين الصدر).

التزويج فيها باطل(۱) ؛ لكونها(۲) بمنزله الزوجه، وإلّا فى الطلاق الثلاث الّذى يحتاج إلى المحلّل فإنّه أيضاً باطل، بل حرام(۳) ، ولكن مع ذلـك لا يوجب الحرمه الأبـديّه، وإلّا فى عـدّه الطلاق التاسع فى الصوره الّتى تحرم أبـداً، وإلّا فى العِـدّه لوطئه زوجه الغير شبهه، لكن لا من حيث كونها فى العِدّه، بل لكونها ذات بعل(۴) ، وكذا فى العِدّه لوطئه فى العِدّه شبههً إذا حملت منه؛ بناءً على عـدم تـداخل العِدّتَين؛ فإنّ عدّه وطء الشـبهه حينئذٍ مقدّمه على العِدّه السابقه الّتى هى عدّه الطلاق أو نحوه؛ لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتى بتتمّه العِدّه السابقه، فلا يجوز له تزويجها فى هذه العِدّه ــ أعنى عدّه وطء الشبهه ــ

ص:۲۶۰

۱- التعليـل لا يوافق المعلّل، بل التعليل الموافق أن يقال: إنّها زوجه، والعُلقه باقيه،وانقطاعها موقوف على انقضاء العِـدّه، والأظهر كونهـا بمنزلتها بمقـدار ما ثبت منترتيب الآثار، ولا يبطل عقـدها لنفسه. (الفيروزآبادى). * ويمكن أن يجعل التزويـج أمارةً على الرجوع. (المرعشى). * والظاهر أنّه رجوع. (الكوه كَمَرى).

۲- ويحتمل أن يكون رجوعاً، ويحتمل أن يكون العقد صحيحاً، فتنقلب الزوجيّهالتنزيليّه إلى الزوجيّه الحقيقيّه. (السبزوارى).

۳- فى الحرمه التكليفيّه إشـكال. (المرعشـى). * فى الحرمه التفكيكيّه إشكال. (السبزوارى). * على الأحوط. (تقى القمّى). * لم أقف عاجلاً على ما يدلّ على حرمه العقد التكليفيّه، نعم، لا إشكال فى بطلانه.(الروحانى).

۴- ويأتى حكمها من حيث الحرمه الأبديّه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

وإن کانت لنفسه، فلو تزوّجها فیها عالماً أو جاهلاً بطل(۱) ، ولکن فی إیجابه التحریم الأبدی إشکال(۲) .

المناط فی الدخول المعتبر شرطاً فی الحرمه الأبدیّه

(مسأله ۴) : هل یعتبر فی الدخول الّذی هو شرط فی الحرمه الأبدیّه(۳)

فی صوره الجهل أن یکون فی العِدّه، أو یکفی کون التزویج فی العِدّه مع الدخول بعد انقضائها؟ قولان، الأحوط الثانی، بل لا یخلو من قوّه(۴) ؛

۱- فی بطلانه تأمّل؛ لعدم شمول العمومات المانعه، نعم، لولا العمومات المجوّزهمقتضی الاستصحاب بطلانه. (آقاضیاء). * علی تأمّل، ولا یبعد عدم إیجابه التحریم. (الخمینی).

۲- فلا یُترک الاحتیاط. (الفیروزآبادی زین الدین). * لا یبعد جریان حکم التزویج فی العِدّه علیه. (الخوئی). * المستفاد من الدلیل ترتّب الحکم علی التزویج فی عِدّه الغیر، والمفروض عدموقوع العقد فیها. (تقی القمّی).

۳- فی صوره التزویج فی العِدّه. (الفیروزآبادی).

۴- لکنّ الأوّل أقوی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * فی القوّه منع. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالله الشیرازی). * فی القوه تأمّل. (الکوه کَمَری). * القوّه فی محلّ المنع. (الإصطهباناتی). * بل الأوّل. (صدرالدین الصدر). * لا قوّه فیه، نعم هو أحوط. (عبدالهادی الشیرازی). * لا قوّه فیه، نعم، هو الموافق للاحتیاط، کما ذکره قدّس سرّه . (البجنوردی). * لا قوّه فیه. (الشریعتمداری، الفانی). * بل لا یخلو من ضعف. (المرعشی). * لا قوّه فیه، ولکن لا یُترک الاحتیاط بترک التزویج، وبالطلاق علی فرض التزویج.(محمّد رضا الگلپایگانی). * القوّه مشکله إن لم تکن ممنوعه. (السبزواری). * الأقوی الأوّل، ولا یُترک الاحتیاط. (زین الدین). * فی القوّه إشکال، بل منع، والاحتیاط لا ینبغی ترکه. (محمّد الشیرازی). * القوّه ممنوعه، ولکن لا یُترک الاحتیاط. (اللنکرانی).

لإطلاق الأخبار(۱) بعد منع الانصراف إلی الدخول فی العِدّه.

الشکّ فی کون المرأه فی العدّه

(مسأله ۵) : لو شکّ فی أنّها فی العِدّه أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزویج، خصوصاً(۲) إذا أخبرت بالعدم، وکذا إذا علم کونها فی العِدّه سابقاً

وشکّ فی بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. وأمّا مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضی استصحاب بقائها عدم جواز تزویجها، وهل تحرم أبداً إذا تزوّجها مع ذلک؟ الظاهر ذلک(۳) .

ص:۲۶۲

۱- [۱] الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب ما یحرم بالمصاهره، ح۴، ۵، ۶، ۹، ۱۰.

۲- بعد الفحص علی الأحوط، وکذا فی المسائل الآتیه. (محمّد الشیرازی).

۳- إذا دخل بها ولم ینکشف الخلاف، وأمّا مع الانکشاف فلا تحرم، ومع عدمالدخول لا یخلو من إشکال. (البروجردی). * فیه إشکال، إلّا إذا دخل بها. (عبدالهادی الشیرازی). * حرمه ظاهریّه، مع فرض الدخول بها ما لم ینکشف الخلاف. (الشریعتمداری). * ظاهر الأخبار اشتراط العلم بالعِدّه فی الحرمه الأبدیّه، والاستصحاب لا یکونعلماً، فإذا تزوّجها فی مورد استصحاب العِدّه لم یمکن الحکم بالحرمه الأبدیّه، نعم، إذا دخل بها ولم ینکشف الخلاف فتحرم؛ لأنّها بحکم الاستصحاب معتدّه، وأمّا إذاانکشف الخلاف فلا تحرم، دخل بها أم لم یدخل. (الفانی). * أی محکوم بذلک ظاهراً ما لم ینکشف الخلاف، ومع ذلک فی صوره عدم الدخوللا یخلو من إشکال. (الخمینی). * ما لم ینکشف الخلاف. (محمّد رضا الگلپایگانی). * إلّا أن ینکشف الخلاف. (زین الدین). * إذا لم ینکشف الخلاف. (محمّد الشیرازی). * إذا دخل بها ولم ینکشف الخلاف، وإذا انکشف الخلاف لم تحرم، ومع عدمالدخول أیضاً کذلک، والأحوط الترک. (الروحانی). * مع عدم انکشاف الخلاف، وفرض الدخول، وبدونه محلّ إشکال. (اللنکرانی).

وإذا تزوّجها باعتقاد خروجها عن العِدّه، أو من غير التفات إليها ثمّ أخبرت(۱) بأنّها كانت فی العِدّه فالظاهر قبول(۲) قولها(۳) ، وإجراء

ص:۲۶۳

۱- ولم تكن متّهمه. (الفانی).

۲- فی الظهور تأمّل، لكنّه أحوط. (حسن القمّی).

۳- فی قبول قولها بعد إقدامها بالعقد تأمّل، نعم ، مقتضی الاستصحاب بقاء العِدّه.(الكوه كَمَری). * محلّ تأمّل. (البروجردی). * فيه إشكال وتأمّل. (عبدالله الشيرازی). * قبول قولها بعد إقدامها علی العقد غير ظاهر. (الشريعتمداری). * فيه إشكال، مع فرض الدخول، ومعارضه أصاله الصحّه، وفی صوره عدمالدخول لا يُترك الاحتياط بالعقد ثانياً، أو الطلاق إن لم تَدَّعِ العلم بالموضوعوالحكم. (المرعشی). * فيه إشكال، بل منع، نعم، إذا أخبرت قبل الدخول بها أنّها فی العِدّه لزم الفحص؛علی ما دلّت عليه صحيحه أبی بصير(الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، ح۸). (الخوئی). * بل الظاهر أنّها لا تُصدَّق بعد الدخول، كما فی النصّ، فالعقد محكوم بالصحّه مالم يقطع بصدقها ولم يثبت شرعاً، ومع ذلك لا يُترك مراعاه الاحتياط. وأمّا قبلالدخول فالأحوط التفحّص، فإن انكشف الحال فهو، وإلّا فلا يُترك الاحتياطبالطلاق، أو العقد الجديد بعد العلم بخروجها عن العِدّه، نعم، لو ادّعت العلم بالعِدّهوحرمه التزويج فالأحوط ترك تزويجها مطلقاً. (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل الظاهر أنّ قولها بعد العقد والدخول لا يقبل، وبعد العقد قبل الدخول إنأخبرت لزوم الفحص، كما دلّت علی ذلک الأخبار. (الروحانی). * محلّ تأمّل، بل منع. (اللنكرانی).

حکم(۱) التزویج فی العِدّه، فمع الدخول بها تحرم(۲) أبداً(۳) .

العلم بالعدّه والشکّ فی الدخول والعلم بالدخول والشکّ من جهه اُخری

(مسأله ۶) : إذا علم أنّ التزویـج کان فی العِدّه مع الجهل بها حکماً أو موضوعاً، ولکن شکّ فی أنّه دخل بها حتّی تحرم أبداً، أو لا یبنی علی عدم الدخول.

۱- فیه تأمّل إذا لم یَفِد إخبارها القطع، وإن کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه، بل لا یُترک.(الإصفهانی). * فیه إشکال، بل منع إذا لم یحصل القطع من قولها، ولکنّ الاحتیاط مع ذلک لایُترک. (البجنوردی).

۲- علی الأحوط. (جمال الدین الگلپایگانی). * علی الأحوط الّذی لا یُترک. (الإصطهباناتی).

۳- علی الأحوط. (النائینی، صدرالدین الصدر، عبدالهادی الشیرازی، الخمینی، زین الدین).

وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشكّ فی أنّها كانت عالمةً أو جاهله(١)

فإنّه یبنی علی عدم علمها، فلا یحكم بالحرمه الأبدیّه(٢).

العلم الإجمالی بكون إحداهما فی العدّه

(مسأله ٧) : إذا علم إجمالاً بكون إحدی الامرأتَین المعیّنتَین فی العِدّه ولم یعلمها بعینها(٣) وجب علیه ترك(۴) تزویجهما. ولو تزوّج إحداهما بطل، ولكن لا یوجب(۵) . . . .

١- ولم یسبق عِلمها. (المرعشی). * إلّا إذا كانت جاهلةً وكان حكمها استصحاب العدّه إلی حین وقوع العقد.(زین الدین).

٢- إلّا إذا كانت مسبوقةً بالعلم بالعِدّه؛ حیث إنّ مقتضی استصحابها إلی زمان وقوعالعقد الحرمه الأبدیّه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * ولو علم إجمالاً بانقضاء العِدّه والدخول، وشكّ فی المتقدّم والمتأخّر منها تجریفیه الصُور الأربعُ المعروفه. (السبزواری).

٣- ما أفاده فی المقام وفی ما بعده مبنیّ علی تنجّز العلم الإجمالیّ بالجمله، وهومحلّ الإشكال، وإنّما یكون منجّزاً فی الجمله، فالحكم فی كلا الموردَین مبنیّ علیالاحتیاط. (تقی القمّی).

۴- إذا لم تكن إحداهما خارجةً عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشیرازی).

۵- إلّا إذا كانتا معتدّتَین وعلم بخروج أحدهما. (صدرالدین الصدر). * بل یوجبها أیضاً فی الظاهر إذا كانتا معتدّتَین وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّه. (عبدالله الشیرازی). * إلّا إذا كانت كلّ واحدٍ منهما مستصحبةً العِدّه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * نعم، فیما إذا كانتا معتدّتَین وعلم بخروج إحداهما منها یكون مقتضیالاستصحاب وقوع التزویج فی العِدّه، فیوجب الحرمه الأبدیّه ما لم ینكشفالخلاف مع فرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال، كما مرّ. (اللنكرانی).

الحرمه(۱) الأبديّه(۲) ؛ لعدم إحراز كون هذا التزويج فى العِدّه.

نعم لو تزوّجهما معاً حرمتا عليه(۳) فى الظاهر؛ عملًا بالعلم الإجمالیّ(۴) .

من علم بالعدّه شكّ فی أنّها لنفسه أو لغيره

(مسأله ۸) : إذا علم أنّ هذه الامرأه المعيّنه فی العِدّه لكن لا يدری أنّها فی عدّهِ نفسه(۵) ، أو فی عدّهٍ لغيره جاز له(۶)

ص:۲۶۶

۱- إذا لم يسبق العلم التفصيلیّ باعتدادهما، والإجماع بخروج إحداهما. (المرعشی). * الأحوط إيجابها إذا كانتا معتدّتَين، وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّه، إلّاإذا انكشف الخلاف. (الخمينی). * إلّا إذا كانتا فی العِدّه وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّه، فالأحوط إن لميكن أقوی الحرمه الأبديّه فی الظاهر. (حسن القمّی).

۲- بل يوجبها أيضاً فی الظاهر إذا كانتا معتدّتَين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما منالعِدّه. (الإصفهانی). * إلّا إذا كانتا كلتاهما مُستَصحِبَتَی العدّه. (زين الدين).

۳- ولا يبعد جريان القرعه للتعيين. (عبدالهادی الشيرازی). * يمكن التعيين بالقرعه. (عبدالله الشيرازی). * بل مقتضی العلم الإجمالیّ الاحتياط؛ من حيث حرمه وطئهما، ووجوب الإنفاقعليهما، وسائر الأحكام ممّا يمكن فيه الاحتياط، إلّا أن يطلّقهما. (محمّد رضاالگلپايگانی).

۴- إلّا أنّ هنا علماً إجمالياً آخر، وهو العلم الإجمالیّ بحرمه وطء كلّ واحدهٍ منهما،أو وجوبه قبل مضیّ أربعه أشهر، فيدور أمر كلٍّ منهما بين المحذورَين، فلا مناصَعندئذٍ من الرجوع إلی القرعه فی المقام، أو إلی طلاق كلتيهما. (الخوئی).

۵- أی بغير العِدّه الرجعيّه. (اللنكرانی).

۶- إلّا إذا كان طرف العلم هو العِدّه الرجعيّه لنفسها، والمسأله مطلقاً لا تخلو من تأمّلٍوإشكال. (الخمينی).

تزویجها(۱) ؛ لأصاله(۲) عدم کونها فی عدّه الغیر، فحاله حال الشکّ البدویّ.

الزواج بذات البعل وصوره

(مسأله ۹) : یلحق(۳) بالتزویج(۴) فی العِدّه(۵) فی إیجاب الحرمه الأبدیّه تزویج ذات البَعل، فلو تزوّجها مع العلم بأنّها ذات بعلٍ(۶) حرمت علیه أبداً

ص:۲۶۷

۱- فی إطلاقه تأمّل. (الروحانی).

۲- إذا لم یکن الأصل عدم کونها فی عِدّته أثراً(کذا فی الأصل، والأولی أن یقال: (إذا لم یکن الأصل عدم کونها فی عِدّته ذا أثرٍ أصلاً.) أصلاً، وأمّا لو کانت لها اُخت مثلاًفیتعارضان. (صدرالدین الصدر). * وإنّما یجری هذا الأصل إذا لم یکن لأصاله عدم کونها فی عدّته هو أثر شرعیّ،وأمّا إذا کان لها أثر شرعیّ، کما إذا کانت للمرأه اُخت لا یجوز له أن یتزوّجها فیعدّه اُختها؛ فإنّ الأصلین یتعارضان، ولابدّ من الاحتیاط باجتنابهما. (زین الدین).

۳- علی الأقوی نصّاً وفتوی. (صدرالدین الصدر). * علی إشکال. (البروجردی). * علی الأقوی. (المرعشی). * التعبیر باللحوق إنّما یشعر بکون المستند هی نصوص المعتدّه بضمیمه الأولویّه،أو إلغاء الخصوصیّه، مع أنّه وردت هنا أیضاً روایات متعدّده بین موثّقه وصحیحه،والضمیمه المذکوره غیر ثابته، نعم، بین المقامین فرق فی بعض صور المسأله، وهیصوره جهل الزوج وعلم الزوجه، فإنّ مقتضی إطلاق بعض ما ورد هنا عدم ثبوتالحرمه الأبدیّه فی هذه الصوره، ومع ذلک کلّه فالمسأله مشکله. (اللنکرانی).

۴- علی إشکال. (عبدالله الشیرازی). * فیه إشکال، لکن لا یُترک مراعاه الاحتیاط. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- فیه تأمّل وإشکال. (الشریعتمداری).

۶- وبأنّه لا یجوز تزویج ذات البعل، فإنّه یمکن أن یتحقّق الجهل به نادراً. (اللنکرانی).

مطلقاً، سواء دخل بها، أم لا.

ولو تزوّجها مع الجهل(۱) لم تحرم(۲) إلّا مع الدخول(۳) بها، من غير فرقٍ بين كونها حرّةً أو أمه مزوّجةً، وبين الدوام والمتعه فی العقد السابق واللاحق.

وأمّا تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجةً فلا يوجب الحرمه الأبديّه، وإن كان مع الدخول والعلم.

التزوّج بامرأه عليها عدّه لم تشرع فيها

(مسأله۱۰) : إذا تزوّج امرأةً عليها عـدّه ولم تشـرع فيها ـ كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر، فإنّ عدّتها من حين بلوغ الخبر ـ فهل يوجب الحرمه الأبديّه، أم لا؟ قولان، أحوطهما الأوّل(۴) ، بل

۱- يعنى مع جهل كلٍّ من الرجل والمرأه بأنّ لها بعلاً، فلو علم به أحـدهما حَرُمَت المرأهعليه مؤبّـداً وإن لم يـدخل، وكان الآخر جاهلاً، كما تقدّم نظيره فی ذات العدّه. (زين الدين).

۲- سواء علمت الزوجه بـالموضوع والحكم أم لاـ بخلاـف المعتـدّه فـإنّه فيها التفصـيل،كما تقـدّم. (المرعشـی). * حتّی مع علم الزوجه بالحـال علی الأـظهر، وبـذلک يظهر الفرق بين المعتـدّه وذاتالبعـل. (الخوئی). * وإن كـانت الزوجه عـالمه علی الأـقوی. (حسـن القمّی). * العقـد علی ذات البعـل مع الجهـل لاـ يـوجب الحرمـه الأبـديّه وإن دخـل بهـا، بـل وإنعلمـت الزوجه بالحـال. (الروحانی).

۳- فی إيجاب الدخول الحرمه الأبديّه مع الجهل إشكال، لكنّ الاحتياط لا يُترک.(حسن القمّی).

۴- وأقواهمـا الثـانی، وفی تقويه الأوّل ضـعف بيّن، نعم، العقـد فاسـد فلابـدّ من تجديـده.(المرعشـی). * وأظهرهما الثانی. (تقی القمّی).

لا یخلو من قوّه(۱) .

الزواج بذات العدّه جهلاً والحمل منها

(مسأله۱۱) : إذا تزوّج امرأهً فی عدّتها ودخل بها مع الجهل، فحملت مع کونها مدخولهً للزوج الأوّل فجاءت بولد: فإن مضی من وطء الثانی أقلّ من ستّه أشهرٍ ولم یمضِ من وطء الزوج الأوّل أقصی مدّه الحمل لحق الولد بالأوّل.

۱- والأقوی هو الثانی، لکنّ الظاهر فساد العقد وجواز تجدیده بعد خروجها منالعِدّه. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * لولا مساعده الإطلاقات علی جواز نکاحه، وإلّا فیقدّم المطلقات علی الاستصحاب التعلیقیّ الجاری فی المقام لإثبات الحرمه. (آقا ضیاء). * فی القوّه منع. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالله الشیرازی، السبزواری، حسن القمّی). * لا قوّه فیه وإن کان العقد فاسداً. (الکوه کَمَری). * فی القوّه منع، بل الثانی لا یخلو من وجه، وإن کان الظاهر فساد العقد وجوازتجدیده بعد العِدّه، ولکنّ الاحتیاط لا یُترک. (الإصطهباناتی). * بل الثانی لا یخلو من قوّه. (صدرالدین الصدر، الخمینی). * بل هو خالٍ من القوّه. (البجنوردی). * عدّه الوفاه من حین بلوغ الخبر، کما فی المتن أیضاً، فقبل الخبر لا عدّه، فلاتزویج فی عدّه، فالأقوی الثانی. (الفانی). * لاقوّه غیر معلومه. (الشریعتمداری). * لا قوّه فیه، فلا یُترک مراعاه الاحتیاط. (محمّد رضا الگلپایگانی). * القوّه ممنوعه، نعم، لابدّ من تجدید العقد إذا أراد التزویج بها بعد العدّه. (زین الدین). * لا قوّه فیه، ولکنّ الاحتیاط سبیل النجاه. (محمّد الشیرازی). * القوّه ممنوعه. (اللنکرانی). * بل الأقوی الثانی وإن کان العقد فاسداً؛ للإجماع. (الروحانی).

وإن مضی من وطء الأوّل أقصی المدّه ومن وطء الثانی ستّه أشهرٍ أو أزید إلی ما قبل الأقصی فهو ملحق بالثانی.

وإن مضی من الأوّل أقصی المدّه ومن الثانی أقلّ من ستّه أشهرٍ فلیس ملحقاً بواحدٍ(۱) منهما.

وإن مضـی من الأوّل سـتّه فما فوق وکذا من الثانی فهل یلحق بالأوّل، أو الثانی، أو یُقرَع؟(۲) وجوه، أو أقوال(۳) ، . . .

. . .

ص:۲۷۰

۱- ولا استبعادَ فی الاُمور التعبّدیّه، فکم له من نظیرٍ فی أبواب الفقه. (المرعشی).

۲- لأنّه مشکل، ومن المشتبه ظاهراً والمتعیّن واقعاً. (المرعشی).

۳- لم أظفر علی أکثر من قولَین لأصـحابنا: أحـدهما: مـا قوّاه فی المتن وهو مختارالنهایه(النهایه ونُکتها للطوسـی: ۴۵۴.) ومستند هذا القــول مرسـله جمیل بن درّاج علی نقل الفقیه(الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب أحکام الأولاد، ذ ح۱۳، عن الفقیه: ۳/۴۷۰، ح۴۶۳۹.) الـوارده فیخصوص المورد، یعنی التزویـج فی العِـدّه، والأخبـار الوارده فی التزویـج بـذات البعلبعـد إلغـاء الخصوصـیّه. وثانیهمـا: القرعه، وهی مختـار المبسوط(المبسـوط: ۵/۲۰۷.)، مشـیراً إلی کونهامجمعـاً علیها بقوله: «عنـدنا». وأمّا الإلحاق بالأوّل ففی المسالـک(مسالک الأفهام: ۸/۳۸۲ _ ۳۸۵.): أنّه لا ـ خلاـففی عـدمه، نعم، فی المبسوط وعنـد قوم: یرجع إلی القافه(القافه: جمع القـائف؛ الّـذی یعرف الآثـار، ویعرف شَـبَه الرجل بأخیه وأبیه. النهایه فی غریبالحـدیث لابن الأثیر: ۴/۱۲۱، (ماده قوف).)، ویلحق الولـد بمن ألحقوه به، ومع عـدم التمکّن أو حصول الشـبهه لهم یلحق بمَن ینتسب به بعـد البلوغ،والظـاهر أنّ مقصوده من القـوم هو العـامّه(کتـاب الاُـمّ للشـافعی: ۸/۶۴، مختصــر المُزنی: ۱۱۵ ، ۱۳۷ ، ۲۲۹ ، ۳۱۷، المجمــوع: ۱۵/۳۰۵.). (محمّـد رضـا الگلپایگانی).

والأقوی(۱) لحوقه بالثانی(۲) ؛ لجملهٍ(۳) من الأخبار(۴) . وکذا إذا تزوّجها(۵)

۱- لا ـ قوّه فیه؛ لعـدم دلیـلٍ معتبرٍ علیه، کما أنّ دلیل القُرعه لا یشـمل المقام، فلابـدّ منالعمل علی طبق القواعـد الجاریه فی موارد الشکّ. (تقی القمّی).

۲- فیه تأمّل. (عبدالله الشیرازی). * لصدق الفراش. (المرعشی). * فیه إشکال، ولا یبعد الرجوع إلی القُرعه. (الخوئی).

۳- بـل لخصوص روایه جمیـل بن درّاج ـ علی نقـل الصـدوق فی محکیّ الفقیه ـ الظـاهر فیعـدم الإرسال، نعم، قـد وردت فی الفرع الآتی روایات دالّه علی ذلک. (اللنکرانی).

۴- لم یظهر من تلـک الأخبـار جعـل أصـلٍ تعبّـدیٍّ للإلحاق بالثانی فی صوره الإمکانمطلقاً؛ لأنّ المقابله بین خمسه أشـهرٍ وستّه أشـهرٍ تکشف عن الأخذ بأماریّه الزمانلِلّحوق، واستصحاب عدم انعقاد النطفه فی الزمان السابق ـ زمان الزوجیّه للزوجالأوّل ـ لا یثبت اللحوق بالثانی، فلا یوجب انحلال العلم بکون الولـد لأحدهما لاعلی التعیین، مضافاً إلی أنّه معارض باستصـحاب القَهقَری من الزمـان المعلوم حملاـلمرأه إلی الزمـان السـابق، ومعـارض أیضـاً بأصاله عـدم الانتساب إلی الزوج الأوّل،ولیس الأصل الأوّل حاکمـاً علی الأـخیر، بـل لاـ أثر له أصـلًا، فمـا ذهب إلیه الشـیخ فیالمبسوط وجماعه من الرجوع إلی القرعه ـ الّتی هی فی طول الحجج والاُصول ـأوفق بالصناعه. (الفانی).

۵- إلحـاق الولـد بالثـانی فیه أقوی من إلحـاقه به فی الفرع الأوّل للأخبار الوارده فی المسأله ولـذا لم یختر الشـیخ فیه القرعه وإن نسـبها إلیه غیر واحـد من الأساطینولکن لم نجـدها فی مظانّ التعرّض مع کثره التفحّص فراجع أنت لعلّه خفی علینا.(محمّـد رضـا الگلپایگانی).

الثانی بعد تمام العِدّه(۱) للأوّل واشتبه حال الولد(۲) .

إذا اجتمعت عدد مختلفه هل تتداخل أم تتعدّد؟

(مسأله ۱۲) : إذا اجتمعت عـدّه وطء الشـبهه مع التزويـج أو لا معه،وعـدّه الطلاق أو الوفاه، أو نحوهما فهل تتـداخل العِدّتان، أو يجب التعدّد؟ قولان، المشهور على الثانی(۳) ، وهو الأحوط(۴) ،

۱- إن كانت بالأشهر فی الطلاق وهكذا فی عدّه الوفاه. (الفيروزآبادی).

۲- فتجری فيه الفروض المتقـدّمه كلّها وتنطبق عليه أحكامها، وفی الفرض الأوّلمنها يلحق الولـد بالزوج الأوّل، وينكشف بذلك أنّ وطء الثانی وقع فی العدّه، فتحرمعليه مؤبّداً. (زين الدين).

۳- وهو الأقوی. (صدرالدين الصدر، البروجردی، الروحانی). * وهو الأحوط لو لم يكن أقوی، فلا يُترک. (الخمينی).

۴- بل هو المتعيّن، وليست الروايتان إلّا معارضتَين لما يدلّ على عدم التداخل،ولعدم العمل بهما إلّا من الشاذّ لا تصلحان لذلک. (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی). * لا يُترک، بل لا يخلو من قوّه؛ لكون الروايتَين الدالّتَين على التداخلمعارضتَين بما دلّ على عدمه المعمول به عند الأكثر بخلافهما، فإنّهما لم يعمل بهماإلّا الشاذّ. (الإصطهباناتی). * لا يُترک. (عبدالهادی الشيرازی، عبدالله الشيـرازی، الشـريعتمداری، السبزواری، محمّدالشيـرازی، تقی القمّی، اللنكرانی). * بل هو مقتضـی القاعده؛ لأنّ التداخل خلاف الأصل؛ إذ تعدّد السـبب موجب لتعدّدالمسـبّب، والخبران أعرض عنهما المشـهور، فلا مقتضـی للخروج عن مقتضـيالقاعده، وهو تعدّد العِدّه. (البجنوردی). * فلا يُترک. (المرعشی). * بل الأقوی. (محمّد رضا الگلپايگانی).

وإن(۱) كان الأوّل لا يخلو(۲) من قوّه(۳) ؛ حَملاً(۴) للأخبار الدالّه(۵) على

۱- ولا يُترک. (الکوه کَمَری).

۲- وحيث إنّ الشهره العظيمه على خلافه لا يُترک الاحتياط. (الإصفهانی).

۳- فيه تأمّل. (الکوه کَمَری). * بل الثانی لا يخلو من قوّه. (صدرالدين الصدر). * بل هو الأقوی؛ لتصريح المعصوم بأنّ التعدّد مذهب العامّه، ولا يُعتنيبالشهره الفتوائيّه بعد سقوط أصاله الحجّيّه فی جهه صدور الأخبار الدالّهعلی التعدّد. (الفانی). * فيه إشکال. (المرعشی). * ولکن بما أنّه خلاف شهره عظيمه فالاحتياط لا يُترک. (حسن القمّی).

۴- المشهور أعرضوا عن الأخبار المعارضه لما دلّ على التعدّد، فلا مقتضی لهذاالحمل، بل هو فی غير محلّه؛ لعدم التکافُؤ حينئذٍ. (صدرالدين الصدر).

۵- لا وجه للحمل على التقيّه، والظاهر هو التفصيل بين عدّه الوفاه وغيرها بالالتزامبالتعدّد فی الاُولی، والتداخل فی الثانيه؛ وذلک لأنّ الروايات على طوائف ثلاث :إحداها تدلّ على عدم التداخل مطلقاً، وثانيتها تدلّ على التداخل مطلقاً، وثالثتهاتدلّ على عدم التداخل فی خصوص الموت، وبما أنّ النسبه بين الطائفه الثالثهوالطائفه الثانيه عموم مطلق فتقيّد الطائفه الثالثه إطلاق الطائفه الثانيه، وبعد ذلکتنقلب النسبه بين الطائفه الثانيه والطائفه لأُولی، فتصبح الطائفه الثانيه أخصّ منالطائفه الاُولی، فتقيّد إطلاقها، فالنتيجه هی عدم التداخل فی خصوص الموت،والتداخل فی غير الموت، فإذن لا معارضه بين الروايات. (الخوئی).

التعدّد على التقيّه(۱) بشهاده خبر زراره(۲) وخبر یونس(۳). وعلى التعدّد یقدّم ما تقدّم سببه(۴) ، إلّا إذا كانت إحدى العِدّتَین بوضع الحمل فتُقدَّم وإن كان سببها متأخّراً؛ لعدم إمكان التأخیر حینئذٍ.

ولو كانت المتقدّمه عدّه وطء الشبهه، والمتأخّره عدّه الطلاق الرجعیّ فهل یجوز الرجوع قبل مجیء زمان عدّته؟

وهل ترث الزوج إذا مات قبله فی زمان عدّه وطء الشبهه؟ وجهان، بل قولان، لا یخلو الأوّل منهما(۵) من قوّه(۶) . ولو كانت المتأخّره عدّه الطلاق البائن فهل یجوز تزویج المطلّق لها فی زمان عدّه الوطء قبل مجیء زمان عدّه الطلاق؟ وجهان(۷) :

ص:۲۷۴

۱- بعید یظهر بالتتبع والتأمّل. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- [۲] الوسائل: الباب (۱۶) من أبواب ما یحرم بالمصاهره، ح۷.

۳- [۳] الوسائل: الباب (۳۸) من أبواب العدد، ح۲.

۴- قد عرفت أنّه لا تعدّد إلّا فیما إذا كان الوطء بشبههٍ فی عدّه الوفاه، ولابدّ فیه منإتمام عدّه الوفاه أوّلاً ثمّ الاعتداد بعدّه الوطء بالشبهه. (الخوئی).

۵- بناءً على وقوع البینونه فی الطلاق الرجعیّ بنفسه یمكن الفرق بین الحكمَینبالاستصحاب، بعد عدم إضرار الفصل بینهما فی الحكم الظاهریّ وإن لم یكن كذلكواقعاً. (آقاضیاء). * محلّ تأمّل. (الإصطهباناتی).

۶- فیه تأمّل. (الإصفهانی، عبدالله الشیرازی).

۷- فیما لا یحتاج إلى المحلّل كالبائن الخلعیّ، لا المطلّقه ثلاثاً. (الفیروزآبادی). * كیف لا یبعد والحال أنّه یصدق علیه التزویج فی العِدّه، وتترتّب علیه الحرمهالأبدیّه إذا كان شرطها موجوداً؟! (تقی القمّی).

لا یبعد(۱) الجواز(۲) ؛ بناءً علی أنّ الممنوع فی عدّه وطء الشبهه وطء

۱- بل الأقوی عدم الجواز بمقتضی دلیل العِدّه، وعدم بطلان النکاح بعدّه الوطءبالشبهه لا یستلزم جواز النکاح فیها. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- فیه إشکال. (الإصفهانی، السبزواری). * محلّ إشکال. (الإصطهباناتی). * بل لا یُترک الاحتیاط. (عبدالهادی الشیرازی). * ولکنّ الأقوی عدم الجواز، واجتماع عدّه وطء الشبهه مع بقاء الزوجیّه الّتی وقعالوطء فی أثنائها غیر مستلزم لجواز إحداثها ثانیاً بعد زوالها، فعموم الأدلّه المانعهمن التزوّج فی العِدّه علی حاله. (البروجردی). * بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّه عقد فی عدّه الغیر ــ أی الواطئ بالشبهه ــ فیترتّبعلیه جمیع آثار العقد فی العِدّه المذکوره سابقاً من التحریم المؤبّد مع العلم أوالدخول. (البجنوردی). * بل بعید، ولا یبعد جریان حکم التزویج فی العِدّه. (عبدالله الشیرازی). * لا یُترک الاحتیاط. (الشریعتمداری). * بل هو بعید علی مبنی التعدّد. (الفانی). * بل لا یبعد عدم الجواز، ولا یبعد کونه موجباً للحرمه الأبدیّه. (الخمینی). * الأحوط الترک. (المرعشی). * بل هو بعید، ولا یبعد جریان حکم التزویج فی العِدّه علیه. (الخوئی). * فیه تأمّل. (محمّد الشیرازی). * بل مقتضی دلیل العدّه المنع عن التزویج، وعن جمیع الاستمتاعات. (زین الدین). * فیه إشکال قویّ. (حسن القمّی). * بل هو بعید، والظاهر جریان حکم التزویج فی العِدّه علیه حتّی الحرمه الأبدیّه.(الروحانی). * بل العدم غیر بعید، والملازمه بین بقاء الزوجیّه بعد الوطء بالشبهه وبین جوازإحداثها فی عدّته غیر ثابته. (اللنکرانی).

الزوج لها، لا سائر الاستمتاعات بها، كما هو الأظهر(۱) . ولو قلنا بعدم جواز

التزويـج حينئـذٍ للمطلّق فيحتمل كونه موجباً للحرمه الأبديّه أيضـاً(۲) ؛ لصـدق التزويـج فی عـدّه الغير، لكنّه بعيد(۳) ؛ لانصراف أخبار(۴) التحريم(۵) المؤبّد عن هذه الصوره.

حكم ما لو كانت العدّتان لشخصٍ واحد

هذا، ولو كانت العِدّتان لشخصٍ واحد، كما إذا طلّق زوجته بائناً ثمّ وطئها شبههً فی أثناء العِدّه فلا ينبغی(۶) . . . . .

۱- فيه تأمّل. (حسن القمّی).

۲- وهو الظاهر، والانصراف ممنوع. (زين الدين).

۳- لا بُعدَ فيه بعد شـمول الأدلّه، وكون الانصراف فی محلّ المنع. (البروجردی، عبدالله الشيرازی). * الاستبعاد بعيد، والانصراف منظور فيه. (المرعشـی). * بل لا بُعـدَ فيه، والانصـراف ممنوع. (محمّـد رضا الگلپايگانی). * بل لا بُعـدَ فيه؛ لشـمول الأدلّه، ومنع الانصراف. (اللنكرانی).

۴- فی الانصراف تأمّل. (حسن القمّی).

۵- لا وجه لانصرافها. (الفانی).

۶- بـل ينبغی الإشـكال فيه بالإضـافه إلی الغير، نعم، فيمـا إذا كـانت إحـداهما عـدّهالطلاق الرجعیّ، والاُخری عـدّه الوفاه يكون مقتضـی النصّ الوارد فيه انقلاـب الاُوليإلی الثـانيه، ولزوم الاعتـداد بخصوص عـدّه الوفـاه الّتی هی أبعـد الأجلَين، نعم، فبإطلاقه وشموله لجميع الموارد إشكال. (اللنكرانی).

الإشكال(۱) فی التداخل(۲) ، وإن کان مقتضی إطلاق بعض(۳) العلماء(۴) التعدّد(۵) فی هذه الصوره(۶) أیضاً.

ثبوت المهر للموطوءه أو المزوّجه فی العدّه

(مسأله ۱۳) : لا ـ إشکال فی ثبوت مهر المثل فی الوطء بالشبهه المجرّده عن التزویج إذا کانت الموطوءه مشتبهه، وإن کان الواطئ عالماً. وأمّا إذا کان

ص:۲۷۷

۱- بل فیه إشکال. (عبدالله الشیرازی). * الأحوط التعدّد فی هذه الصوره أیضاً. (الخمینی).

۲- بل فیه إشکال، خصوصاً إذا کانت إحداهما للطلاق، والاُخری للوفاه.(البروجردی). * وإن کان التعدّد أحوط. (عبدالهادی الشیرازی). * تقدّم أنّ عدم التداخل هو مقتضی القاعده، ولا وجه للخروج عن ذلک.(البجنوردی). * بل لا وجه للتداخل بالنسبه إلی الغیر، وأمّا لنفسه فلا ـ عدّه لها أصلاً، وأمّا فی عدّهالطلاق والوفاه فهو تبدیل، لا ـ تداخل، ودلیله النصّ. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- [۳] جواهر الکلام: ۳۲/۳۸۰.

۴- وهو الأحوط. (محمّد الشیرازی).

۵- ویویّده قاعده عدم تداخل الأسباب(راجع جواهر الکلام: ۳۲/۲۶۶ وکشف اللثام: ۸/۱۵۰ ط. جماعه المدرّسین.). (آقاضیاء).

۶- وهو الأحوط. (الشریعتمداری).

بالتزويج ففى ثبوت المسمّى أو مهر المثل قولان، أقواهما الثانى(۱) . وإذا كان

التزويج مجرّداً عن الوطء فلا مهر أصلًا.

مبدأ العدّه فى وطء الشبهه

(مسأله ۱۴) : مبدأ العِدّه فى وطء الشبهه المجرّده عن التزويج حين الفراغ من الوطء، وأمّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبيّن الحال؟ وجهان، والأحوط(۲) الثانى، بل لعلّه الظاهر من الأخبار(۳) .

حكم الموطوءه بالشبهه لو كانت عالمه فى الحرّه والأمه

(مسأله ۱۵) : إذا كانت الموطوءه بالشبهه عالمةً بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط فلا مهر لها إذا كانت حرّه؛ إذ لا مهر لبغيّ. ولو كانت أمةً ففى كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر؛ لأنّه حقّ السيّد وجهان(۴) ،

۱- محلّ تأمّل. (الخمينى). * فى كون الثانى أقوى تأمّل، والأحوط المصالحه فى التفاوت. (محمّد رضا الگلپايگانى). * بل الأقلّ من المسمّى والمثل. (محمّد الشيرازى). * بل الأوّل. (الروحانى).

۲- لا يُترك. (المرعشى).

۳- بل ويساعده الاستصحاب أيضاً. (آقاضياء). * لكنّ معتبره زراره(الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح۱۲.) واضحه الدلاله على أنّ المبدأ من حين الفراغ من وطءالشبهه، وأنّ الاستبراء إنّما يكون بثلاثه قروءٍ من حين الوطء. (الخوئى). * لا يبعد أنّ المستفاد منها أنّ مبدأ العدّه هو تبيّن الحال، وارتفاع الشبهه فى جميعالأقسام، حتّى المجرّد عن التزويج. (زين الدين).

۴- وهنا وجه ثالث، وهو عُشر القيمه إن كانت بكراً، ونصف العُشر إن كانت ثيّباً، لصحيحتى فضيل بن يسار(الوسائل: الباب (۳۵) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح۱.) ووليد بن صبيح(الوسائل: الباب (۶۷) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح۱.). (الفانى). * هنا وجه آخر لا يبعد أن يكون أوجه منهما، وهو ثبوت عُشر قيمتها للمولى إنكانت بِكراً، ونصف العُشر إن كانت ثيباً. (الخمينى). * الظاهر ثبوت الأرش للسيّد، وهو عشر قيمتها إذا كانت بِكراً، ونصف العُشر إذاكانت ثيّباً، سواء كانت جاهلةً بحرمه الوطء أم كانت عالمه. (زين الدين).

لا یخلو(۱) الأوّل منهما(۲) من قوّه(۳) .

ص:۲۷۹

۱- فلا یُستحقّ شیءٌ بعنوان المَهر، وأمّا بعنوان الأرش فلا یبعد ثبوت عُشر قیمتهاللمولی إن کانت بکراً، ونصفه إن کانت ثیّباً. (اللنکرانی).

۲- لا قوّه فیه. (الکوه کَمَری).

۳- فیه تأمّل، وسیأتی منه فی أحکام العبید والإماء ما ظاهره المنافاه لِما اختاره هنا.(الفیروزآبادی). * فی القوّه نظر؛ للتشکیک فی عموم «لا مهر لبغیّ»(الخصال: ۴۱۸، ح۱۰، مسند أحمد: ۱/۲۳۵، ۴/۳۰۹، السنن الکبری للبیهقی: ۶/۶، الوسائل :الباب (۵) من أبواب ما یکتسب به، ح۱۳، ۱۴.) بالنسبه إلی المقام، فیبقیإطلاق خبر ولید(الوسائل: الباب (۶۷) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح۱.) لإثبات عشر ثمنها أونصفه بلا معارض. (آقاضیاء). * بل لا إشکال فیه. (الإصفهانی). * مع علم المولی بذلک لا مطلقاً. (صدرالدین الصدر). * خصوصاً إذا کان المولی دخیلاً فی بغائها. (الإصطهباناتی). * لا قوّه فیه، إلّا إذا کان المولی دخیلاً فی بغائها. (البروجردی). * بل الثانی. (عبدالهادی الشیرازی). * فیه تأمّل وإشکال، إلّا أن یکون المولی دخیلاً- فی وقوع ذلک الوطء. (البجنوردی). * لا- قوّه فیه، إلّا إذا کان المولی دخیلاً فی بغائها. (عبدالله الشیرازی). * بل الثانی حیثما لم یکن تسبیب، ویحتمل لزوم عشر القیمه للمالک فی صورهالبکاره، ونصف العشر فی الثیبوبه. (المرعشی). * بل الأقوی هو الثانی، إلّا إذا أذِن المولی لها فی المعصیه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * خصوصاً مع التفات المولی ببغائها. (السبزواری). * فیه تأمّل، هذا من حیث المهر، ویحتمل ثبوت الأرش للسیّد، وهو عُشر قیمتها إنکانت بِکراً، ونصف العُشر إن کانت ثیّباً. (حسن القمّی).

حکم المهر لو تعدّد الوطء

(مسأله ۱۶) : لا یتعدّد(۱) المَهر(۲) بتعدّد الوطء(۳) مع استمرار الاشتباه.نعم لو کان مع تعدّدِ الاشتباه تَعدّدَ(۴) .

۱- مع العقد، وأمّا بدونه فلا یبعد تعدّده بتعدّد الوطء. (صدرالدین الصدر). * یحتاج إلی التأمّل. (البروجردی).

۲- یحتاج إلی التأمّل. (عبدالله الشیرازی). * لا یخلو من إشکال. (المرعشی). * لا یخلو من تأمّل. (حسن القمّی). * محلّ تأمّل، خصوصاً فی بعض صوره. (اللنکرانی).

۳- فیه إشکال، نعم، الظاهر ذلک فی وطء المعقود علیها فی العِدّه جهلاً. (الخوئی). * فی غیر وطء المعقود علیها فی العِدّه جهلًا تأمّل. (الروحانی).

۴- محلّ تأمّلٍ فی بعض صوره، لکنّه أحوط مطلقاً، وأقوی فی بعض الصور.(الخمینی).

أحكام نكاح الزانيه

(مسأله ۱۷) : لا بأس بتزويج المرأه الزانيه غير ذات البعل(۱) للزاني وغيره.

والأحوط(۲) الأولى(۳) أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضةٍ من مائه(۴) أو مـاء غيره إن لم تكن حاملاً، وأمّا الحامل فلا حاجه فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطوها بلا فصل.

نعم، الأحوط(۵) ترك(۶) تزويج المشهوره بالزنا(۷) إلّا بعد ظهور توبتها،

ص:۲۸۱

۱- وفي حكمها ذات العِدّه الرجعيّه. (الخوئي).

۲- لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين). * لا يُترك هذا الاحتياط لخصوص الزاني. (حسن القمّي).

۳- منشأ الاحتياط وجود المقيّدات الضعيفه الوارده في المقام، مع إعراض المشهورعنها في قبال المطلقات. (آقاضياء). * لا يُترك حتّى الإمكان. (الخميني). * لا يُترك الاحتياط في تزويج نفس الزاني. (الخوئي). * لا ينبغي ترك هذا الاحتياط، وكذا الاحتياطات التاليه في هذه المسأله. (محمّدالشيرازي). * بل الأحوط وجوباً. (الروحاني).

۴- لا يُترك الاحتياط بالنسبه إلى ماء نفسه. (تقي القمّي).

۵- لا يُترك هذا الاحتياط للزاني بها ولغيره. (زين الدين). * الأولى. (الروحاني). * لا يُترك. (اللنكراني).

۶- لا يُترك. (الخوئي).

۷- لا يُترك. (الشريعتمداري).

بل الأحوط ذلک بالنسبه إلی الزانی(۱) بها، وأحوط من ذلک ترک تزویج

الزانیه مطلقاً(۲) إلّا بعد توبتها. ویظهر ذلک بدعائها(۳) إلی الفجور، فإن أبت

ظهرت توبتها(۴) .

لا تحرم علی الرجل امرأته بزناها

(مسأله ۱۸) : لا تَحرم(۵) الزوجه علی زوجها بزناها وإن کانت مصرّهً(۶) علی ذلک(۷) ، ولا یجب علیه أن یطلّقها(۸) .

۱- لا یُترک بالنسبه إلیه. (حسن القمّی).

۲- وإن لم تکن مشهورهً بالزنا. (الفیروزآبادی).

۳- [۳] کذا فی الأصل، والأصحّ (بدعوتها).

۴- إذا لم تکن قرینه علی خلافه. (عبدالله الشیرازی). * إذا عرف أنّ الإباء لیس لسببٍ آخر. (محمّد الشیرازی).

۵- مقتضی خبر ابن یقطین(وسائل الشیعه: الباب (۱۲) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ونحوها، ح۱.) أنّها لو زنت بعد العقد قبل الدخول تحرم علیزوجها. (تقی القمّی).

۶- لکن إذا صارت مشهورهً یأتی فیها الاحتیاط المذکور فی المسأله السابقه؛ لعدمالفرق بین الابتداء والاستدامه بحسب الآیه والأخبار، فالأحوط اعتزالها بمجرّدالاشتهار، وتجدید عقدها بعد التوبه مع عدم إراده الطلاق، وإلّا فالطلاق. (محمّد رضاالگلپایگانی). * إلّا إذا صارت مشهورهً فیجری فیها علی الأحوط الاحتیاط المتقدّم. (اللنکرانی).

۷- إلّا إذا أصبحت مشهورهً بالزنا، فیأتی فیها الاحتیاط المتقدّم فی المسأله السابقه.(زین الدین).

۸- ولکنّه الأولی من جهات لا ینبغی إهمالها. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

الزنا بذات البعل

(مسأله ۱۹) : إذا زنى بذات بعلٍ دواماً أو متعةً حرمت(۱) عليه أبداً(۲) ، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها، أو طلاقه لها، أو انقضاء مدّتها إذا كانت متعه.

ولا ـ فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنّها ذات بعلٍ، أوْ لا، كما لا فرق بين كونها حرّةً أو أمةً وزوجها حرّاً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً(۳) ، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها، أوْ لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم(۴) بعدم(۵) صحّه العقد(۶) . ولا بين أن تكون

ص:۲۸۳

۱- مبتّيه على الاحتياط. (تقى القمّى).

۲- على الأقوى، كما تقدّم. (المرعشى). * على الأحوط. (الخوئى، حسن القمّى). * فيه إشكال، بل منع. (اللنكرانى).

۳- فى الصغير الواطئ إشكال. (الفانى).

۴- بل الدخول، وهو المعيار. (المرعشى).

۵- لا ـ أثر للعلم فى التحريم بعد فرض الدخول، نعم، لو كان جاهلاً بفساد العقد لميكن زناً. (الكوه كَمَرى). * يعنى لو تزوّجها جاهلاً ـ بكونها ذات بعلٍ ثمّ انكشف له قبل الدخول ودخل بهايكون زناً، وأمّا إن دخل بها قبل الانكشاف فيدخل فى المسأله التاسعه. (محمّد رضاالگلپايگانى).

۶- ظاهر عنوان المسأله فرض تحقّق الدخول؛ لأنّه هو المقسم؛ وعليه فلا أثر للعلمبالتحريم، فسواء كان عالماً أم لم يكن تحرم أبداً مع الدخول؛ بناءً على ما مرّ من الماتن قدّس سرّه فى المسأله التاسعه. (الشريعتمدارى). * الفرق بين هذه المسأله والمسأله التاسعه المتقدّمه بحسب الموضوع والمورد واضحفيما إذا لم يتحقّق هنا إجراء العقد. وأمّا مع تحقّقه فالفرق: أنّ المفروض هناك إمّا العلمبالبطلان حال العقد، وإمّا الدخول مع الجهل، وأمّا هنا فالمفروض هو الزنا المتحقّقبالعلم بالحرمه حال الدخول، وإن لم يعلم بكونها ذات بعلٍ فى تلك الحال؛ وعليهفالمراد من العلم بالبطلان هو العلم بعد إجراء العقد وقبل الدخول، ولا يكون الحكمبالحرمه الأبديّه فى فرض الدخول فى المسأله السابقه ملازماً للحكم بها هنا. (اللنكرانى).

الزوجه مشتبههً أو زانيهً أو مكرهه، نعم، لو كانت هی الزانيه وکان الواطئ مشتبهاً(١) فالأقوی(٢) عدم الحرمه(٣) الأبديّه(۴) .

ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرِشـه(۵) ، ولا المحلّله، نعم، لو كانت الأمه مزوّجهً فوطئها سيّدها لم يبعـد الحرمه الأبـديّه عليه وإن كان لا يخلو من إشكال(۶) .

ولو كان الواطئ مكرَهاً على الزنا فالظاهر(٧)

ص:٢٨۴

١- إذا لم يكن الاشـتباه من جهه اعتقاد صحّه العقد، كما تقدّم. (الكوه كَمَرى). * حيث لا يكون الاشتباه من جهه اعتقاده صحّه العقد مثلاً. (المرعشی).

٢- إن لم يكن عقد فی البين، وإلّا فيدخل فی المسأله التاسعه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

٣- لعدم شمول النصوص له، مع عدم حجّيّه الأولويّه المزعومه. (المرعشی).

۴- إذا كان الوطء من غير عقد، وإلّا حرمت عليه مؤبّداً، وكان من صغريات المسألهالتاسعه المتقدّمه. (زين الدين).

۵- أی الموطوءه من مولاها. (الفيروزآبادی).

۶- لكن ضعيف. (تقی القمّی).

٧- بل الظاهر عدمه. (الفيروزآبادی). * بل الأحوط. (الخمينی).

لحوق(۱) الحکم، وإن کان لا یخلو من إشکال أیضاً.

الزنا بذات العدّه الرجعیّه

(مسأله ۲۰) : إذا زنی بامرأهٍ فی العِدّه الرجعیّه حرمت(۲) علیه أبداً(۳) ، دون البائنه وعدّه الوفاه وعدّه المتعه(۴) والوطء بالشبهه(۵) والفسخ.

ولو شکّ فی کونها فی العِدّه أوْ لا، أو فی العِدّه الرجعیّه، أو البائنه فلا حرمه ما دام(۶) باقیاً علی الشکّ، نعم، لو علم کونها فی عدّهٍ رجعیّهٍ وشکّ فی انقضائها وعدمه فالظاهر الحرمه(۷) ، خصوصاً إذا أخبرت(۸) هی بعدم الانقضاء. ولا فرق بین أن یکون الزنا فی القُبُل أو الدُبُر، وکذا فی المسأله السابقه.

من لاط بغلام فأوقبه وایجابه الحرمه علی اُمّه وبنته واُخته وعدمها فی الموطوء

(مسأله ۲۱) : مَن لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفه(۹) حرمت

ص:۲۸۵

۱- بل الظاهر عدم اللحوق. (تقی القمّی).

۲- هذه کسابقته مبتیّه علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۳- علی الأحوط. (الخوئی، حسن القمّی). * فیه إشکال، بل منع. (اللنکرانی).

۴- الأقوی دخولها فی العموم. (المرعشی).

۵- ولو کانت ذات الزوج معتدّهً لوطء الشبهه لم یجز لزوجها وطوها، لکن لو فعل لمتحرم علیه وإن أثم، ولا یُحَدّ حَدّ الزانی، بل یُعزَّر. (کاشف الغطاء).

۶- أو انکشف عدم کونها فی العدّه، أو عدم کونها رجعیّه. (اللنکرانی).

۷- حتّی مع إخبارها بعدم العِدّه، لکونها متّهمه لا یسمع دعواها. (آقاضیاء).

۸- بل وإن أخبرت بالانقضاء؛ بناءً علی عدم حجّیّه قولها وإخبارها؛ لاستصحاب بقائها وعدم انقضائها. (البجنوردی).

۹- علی الأحوط. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی، الإصطهباناتی، الشریعتمداری،زین الدین، محمّد الشیرازی، اللنکرانی). * الحکم بالحرمه فی هذه الصوره مبنیّ علی الاحتیاط. (الخوئی). * الحکم مبنیّ علی الاحتیاط؛ فإنّ النصوص الوارده فی المقام کلّها مخدوشه سنداً.(تقی القمّی).

عليه اُمّه(۱) أبداً وإن علت(۲) ، وبنته وإن نزلت(۳) ، واُخته، من غير فرقٍ(۴) بين كونهما كبيرين أو صغيرين(۵)

ص:۲۸۶

۱- على الأحوط فى جميع ما ذكر، لكنّ الظاهر عدم جريان الحكم إذا كان الواطئصغيراً. (حسن القمّى).

۲- فيه نظر، ولكنّ الاحتياط بالترك أولى. (المرعشى).

۳- فيه نظر، نعم، لاـ ينبغى ترك الاحتياط. (المرعشى). * الأخبار وإن كانت مختصّةً بالاُمّ والبنت ولكنّ الظاهر صدقهما على الجَدّه وبنتالبنت. (الروحانى).

۴- هذا الحكم بالنسبه إلى اُخت الموطوء مع كون الواطئ كبيراً والموطوء صغيراًمسلَّم، وفى غيرها لا يخلو من إشكال، بل الظاهر عدم جريان الحكم مع كونالواطى صغيراً مطلقاً. (حسن القمّى). * فى أكثر النصوص ذكر عنوان الرجل للفاعل والغلام للمفعول، نعم، فى حديثواحد ذكر عنوان أخى امرأته للمفعول، فعموم الحكم مبنىّ على الاحتياط. (تقى القمّى).

۵- لو كان الواطئ صغيراً فالحرمه لاـ تخلو من الإشكال. (النائينى، جمال الدينالگلپايگانى). * فى الدليل ذكر الرجل، ولكنّ التعميم أحوط. (كاشف الغطاء). * على الأحوط فى الواطئ الصغير. (الإصطهباناتى). * على إشكالٍ فى الواطئ الصغير. (الشريعتمدارى). * فى الصغير الواطئ إشكال. (الفانى). * الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الخوئى). * فى الدليل ذكر الرجل، فلا يشمل الواطئ الصغير. (زين الدين). * الأظهر عدم شمول الحكم لِما إذا كان الواطئ صغيراً، كما أنّ ظاهر النصّ يقتضيالبناء على عدم الشمول لِما إذا كان الموطوء كبيراً، فالأظهر اختصاص الحرمه بماإذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الروحانى). * إذا كان الواطئ صغيراً أو كانا كبيرَين فالحكم محلّ إشكال. (اللنكرانى).

أو مختلفين(۱) . ولاـ تحرم على الموطوء أُمّ الـواطئ وبنته وأُخته على الأـقوى. ولـو كـان الموطوء خنـثى(۲) حرمـت أُمّهـا و(۳) بنتها(۴) على الواطئ؛

لأنّه إمّا لواط، أو زنا(۵) ، . . . .

ص:۲۸۷

۱- المتيقّن من ذلک ما إذا کان الواطئ بالغاً، والموطوء يسـمّى غلاماً، والحکم فى غيرهـذه الصوره مبنىّ على الاحتياط. نعم، لو کان الواطئ غير بالغ، أو کان الموطوءصغيراً جدّاً فالحکم بالحرمه مشکل. (محمّد الشيرازى).

۲- إذا کـان فى دُبُرهـا. (آقاضـياء). * إذا وطئ فى کلتـا الثقبتَين أو فى دُبُرهـا، وأمّـا لو وطئ فى قُبُلهـا فلا يعلم أحـدالأمرين، بل يحتمل أن لا تکون أحدهما. (عبدالله الشيرازى). * وکان الوطء فى دُبُرها. (الخمينى).

۳- على الأحوط، أمّا الدخول فى قُبُلها فقط فالظاهر عدم إيجابه التحريم. (حسنالقمّى).

۴- على الأقوى. (المرعشى).

۵- إذا وطئ فى تلـک الثقبـتَين أو فى دُبُرهـا، وأمّـا لو وطئ فى قُبُلهـا فلاـ يعلم أحـدالأمرين، بـل يحتمـل أن لاـ يکون أحـدهما. (الإصفهانى). * إلّا مع الدخول فى قُبلها فقط. (حسن القمّى).

وهو مُحَرِّم(۱) إذا كان سابقاً، كما مرّ(۲) .

والأقوى(۳)(۴) حرمه(۵) . . . .

ص:۲۸۸

۱- بتشديد الراء المكسوره، أي يوجب الحرمه. (الفيروزآبادی). * علی الأحوط. (حسن القمّی).

۲- هـذا من سـهو القلم، والصـحيح، كمـا يـأتی. ثمّ إنّه يـأتی ما هو المختار من أنّ الزنابالمرأه لا يوجب تحريم اُمّها وبنتها إلّا فی الخـاله والعمّه، وعليه فلاـ تحرم اُمّ الخنثیوبنتهـا علی الواطئ؛ لعـدم إحراز كونه ذكراً. (الخوئی). * بـل كمـا يـأتی. (محمّـد رضـا الگلپايگانی). * بل سيأتی فی المسأله (۲۸) من فصل: المحرّمات بالمصاهره. (السبزواری). * بل كما سـيجیء فی المسأله الثامنه والعشـرين مـن فصـل: محرّمـات المصـاهره.(زين الـدين). * بـل يـأتی فی الفصـل الآـتی، وسـتعرف أنّ الزنـا لاـ يكـون مُحَرِّمـاً. (الروحانی).

۳- [۳] كـذا فی أصل النسـخ الخطّيه وبعض النسـخ المطبوعه ممّا بأيـدينا، ولكنّ أكثر النسـخ المتأخّره فيهاكلمه (الأحوط) بـدل (الأـقوی)، ويظهر من اسـتقصاء التعليقات أنّ بعضـها ناظر إلی ما فی أصـلالمخطوط، وبعضـها الآخر إلی ما فی النسـخ المطبوعه، فلاحظ.

۴- نـدباً. (الفيروزآبادی). * بل الأقوی خلافه؛ للأصل بعـد عـدم جريان أصاله الصـحّه فی التزويـج فی أمثالالمقام، الّـذی يكون الشكّ فی أصل العنوان عرفاً. (آقاضياء). * وإن كان الأقوی خلافه. (صدرالدين الصدر). * وإن كان الأقوی عدمها. (الخمينی).

۵- سيأتی خلافه فی الفصل اللاحِق لِلَاحِقِ هذا الفصلِ فی المسأله (۲۸). (الكوه كَمَری). * الأولی. (الإصفهانی).

المذکورات(۱) علی(۲) الواطئ(۳) وإن کان ذلک بعد(۴) التزویج(۵) ،خصوصاً إذا طلّقها(۶) وأراد(۷) . . . .

۱- لا یُترک الاحتیاط فی غیر صوره تجدید العقد بعد الطلاق، وأمّا فیها فالأظهرالحرمه. (الروحانی).

۲- فی الاُخت الاحتیاط أظهر. (محمّد الشیرازی).

۳- لکنّ الأقوی خلافه، نعم، لو طلّقها ففی تزویجها جدیداً إشکال، والاحتیاط لایُترک. (البجنوردی).

۴- لکنّ الأقوی خلافه، نعم، لو طلّق زوجته السابق نکاحها فجواز تزویجها جدیداًلا یخلو من الإشکال. (جمال الدین الگلپایگانی).

۵- لکنّ الأقوی خلافه، نعم، لو طلّق زوجته السابق نکاحها فجواز تزویجها جدیداًلا یخلو من الإشکال. (النائینی). * لکنّ الأقوی خلافه، وقد صرّح الماتن قدّس سرّه بخلاف ما ذکره هنا فی المسأله الثامنهوالعشرین من فصل المحرّمات بالمصاهره. (الشریعتمداری). * الأقوی عدم الحرمه. (الفانی، المرعشی). * وقبل الدخول، وأمّا بعد الدخول فالأقوی عدم الحرمه، کما یأتی منه قدّس سرّه .(محمّدرضا الگلپایگانی). * والأقوی عدم التحریم إذا کان ذلک بعد الدخول، کما سیأتی فی المسأله الثامنهوالعشرین من فصل: محرّمات المصاهره، نعم، إذا طلّق تلک الزوجه لم یجز لهتجدید نکاحها. (زین الدین).

۶- لا بأس بترک الاحتیاط فی غیر هذه الصوره. (الخوئی).

۷- فی غیر هذه الصوره لا یجب الاحتیاط. (حسن القمّی). * الظاهر هو الحرمه فی هذه الصوره، ولا بأس بترک الاحتیاط فی غیرها. (تقی القمّی).

تزویجها جدیداً(۱) .

الاُمّ الرضاعیّه کالنسبیه من جهه الحرمه وکذا الاُخت والبنت

والاُمّ الرضاعیه کالنسبیّه، وکذلک الاُخت والبنت.

حکم الوطء غیر العمدی

والظاهر عدم(۲) الفرق(۳) فی الوطء(۴) بین أن یکون عن علم وعمدٍ واختیار، أو مع الاشتباه(۵) ، کما إذا تخیّله امرأته، أو کان مکرَهاً، أو کان المباشر(۶) للفعل هو المفعول(۷) . ولو کان الموطوء میّتاً ففی التحریم إشکال(۸) .

۱- فی غیر هذه الصوره لا بأس بترک الاحتیاط. (محمّد الشیرازی).

۲- بل یفرّق بین العالم والجاهل، کما أنّه یفرّق بین الاختیار والإکراه، وأیضاً لایترتّب الحکم إذا لم یکن الفعل مستنداً إلی الفاعل، کما لو باشر المفعول أو الثالث.(تقی القمّی).

۳- علی إشکالٍ فی بعضها. (الکوه کَمَری). * فیه إشکال. (محمّد الشیرازی، حسن القمّی، اللنکرانی).

۴- فیه إشکال، بل منع. (الخوئی).

۵- فی تلک الصور الثلاث فضلاً عن الصوره الرابعه إشکال. (الفانی).

۶- علی الأحوط فی هذه الصوره إذا لم یتحقّق من الفاعل العمل. (الخمینی).

۷- إن شمله النصّ. (المرعشی). * علی الأحوط فی هذا الفرض. (زین الدین). * فیه تأمّل، والاحتیاط لا یُترک. (الروحانی).

۸- بل منع. (الخمینی). * الأقوی جواز التزویج. (المرعشی). * أظهره عدم التحریم. (الخوئی). * ولعلّ المنع أقرب. (محمّد الشیرازی). * والأقرب عدم التحریم. (حسن القمّی). * الأظهر عدم التحریم. (الروحانی). * ولا یبعد عدم التحریم. (اللنکرانی).

الشكّ فی تحقّق الإیقاب وعدمه

ولو شکّ فی تحقّق الإیقاب وعـدمه بنی علی العـدم. ولا تحرم من جهه هذا العمل الشـنیع غیر الثلاثه المذکوره، فلا بأس بنکاح ولد الواطئ ابنه الموطوء أو اُخته أو اُمّه، وإن کان الأولی(۱) الترک فی ابنته(۲)

*

*

*

ص:۲۹۱

۱- لم یظهر وجه للأولویّه. (الخوئی).

۲- للمرسله الضعیفه، فراجع(الوسائل: الباب (۱۵) من أبواب ما یحرم بالمصاهره، ح۳.). (آقاضیاء).

فصل [من المحرّمات الأبديّه: التزويج حال الإحرام]

التزويج حال الإحرام وفروع فی البطلان والتحریم

من المحرّمات الأبـديّه(۱) : التزويـج حـال الإحـرام لاـ يجـوز للمحرم أن يـتزوّج امرأهً مُحرِمـه أو مُحِلّه، سـواء كـان بالمباشـره أم بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل مُحرِماً أم مُحِلّاً، وكانت الوكاله قبل الإحرام أو حاله.

وكذا لو كان بإجازه عقد الفضوليّ الواقع حال الإحرام أو قبله مع كونها حاله، بناءً على النقل، بل على الكشف(۲) الحكميّ،(۳) بل الأحوط مطلقاً.

ولا إشكال فی بطلان النكاح فی الصور المذكوره.

وإن كـان مع العلم بـالحرمه حرمت الزوجه عليه أبـداً، سواء دخـل بهـا أم لاـ وإن كـان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى، دخل بها أو لم يدخل، لكنّ العقد باطل على أيّ حال. بل لو كان المباشر للعقد مُحرِماً بطل وإن كان مَن له العقد مُحِلّاً.

ولو كان الزوج مُحِلّاً وكانت الزوجه محرِمه فلا إشكال فی بطلان العقد،

۱- بتشديد الراء المكسوره خبر مقدّم، والمبتدأ الموخّر قوله: التزويج حال الإحرام.(الفيروزآبادی).

۲- فی استـفاده الكشف الحكميّ من القواعـد نظر وإشـكال، تعرّضـناه فی كتـاب البيع،فراجع. (آقـا ضـياء). * على الأـحوط فيه. (الخمينی).

۳- فی الكشف الحكميّ نظر. (عبدالله الشيرازی).

لكن هل يوجب الحرمه(۱) الأبديّه؟ فيه قولان، الأحوط الحرمه(۲) ، بل لا يخلو(۳) من قوّه(۴) .

ص:۲۹۳

۱- الظاهر أنّ مناط الحكم فی المسألتَين واحـد؛ لأنّ المذكور فی الروايات ليس إلّاالمحرم، فإن كان محمولاً علی الجنس يُحمَل عليه فی كِلاـ الحكمَين، وذِكر الرجلفی بعض الأخبـار يُحمَـل علی كونه من بـاب المثـال، وإن اُخـذ بـالمتيقّن من المُحرِم_ وهو الرجل _ فالمتيقّن بطلان عقد المُحرِم دون المُحرِمه، والأقوی ما فی المتن،كما صـرّح به فی الخلاف(الخلاف: ۲/۳۱۵.)، مستدلّاً بالأخبار والإجماع منه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- الأولی. (الإصفهانی). * لأنّ الظاهر إراده الجنس من المُحرِم، فمناط التحريم فی الزوجَين واحد.(المرعشی).

۳- لا لأنّ الأخذ بظاهر الأخبار الوارده فی مورد المُحرِم والرجل يوجب التفكيكبين الحكمين، أعنی البطلان والحرمه الأبديّه، مع أنّه لاـ مجـال لتوهّم الاختصاصـفی الأـوّل؛ فـإنّه لاـ مـانع من كون العموم فيه مسـتفاداً من دليلٍ آخر، كالإجماع ونحوه،بل لإلغاء العرف الخصوصيّه من كلمه «الرجل»، وعدم حمل «المُحرِم» عليخصوص الرجل المتّصف بالإحرام. (اللنكرانی).

۴- فی القوّه نظر؛ لعـدم وفـاء دليـل بهـا، فراجع. (آقاضـياء). * فی القوّه نظر. (الكوه كَمَری). * فيه تأمّـل، بـل منع. (صدرالـدين الصدر). * لا قوّه فيه. (البروجردی، السبزواری). * القوّه ممنوعه. (عبدالهادی الشـيرازی). * فيه نظر. (عبدالله الشيرازی). * لا قوّه فيه لو لم يكن الأقوی خلافه. (الشـريعتمداری). * الدليل وارد فی المُحرِم، فالتعدّی إلی المُحرِمه لا وجه له. (الفانی). * فی القوّه إشكال. (محمّد الشيرازی).

ولا فرق فی البطلان والتحریم الأبدیّ بین أن یکون الإحرام لحجٍّ واجبٍ أو مندوبٍ أو لعمرهٍ واجبهٍ أو مندوبه، ولا فی النکاح بین الدوام والمتعه.

من تزوج عالماً بالحرمه غافلاً عن کونه محرماً أو ناسیاً

(مسأله ۱) : لو تزوّج فی حـال الإـحرام مع العلم بالحکم لکن کان غافلاً عن کونه مُحرِماً أو ناسیاً له فلا إشکال(۱) فی بطلانه، لکن فی کونه محرّماً أبداً إشکال(۲) ، والأحوط(۳) ذلک(۴) .

وطء الزوجه فی حال الإحرام

(مسأله ۲) : لاـ یلحق وطء زوجته الـدائمه أو المنقطعه حـال الإـحرام بالتزویـج فی التحریم الأبـدیّ، فلا یوجبه وإن کان مع العلم بالحرمه والعقد.

بطلان التزویج من غیر جهه الإحرام

(مسأله ۳) : لو تزوّج فی حـال الإحرام ولکن کان باطلاً من غیر جهه الإحرام _ کتزویـج اُخت الزوجه، أو الخامسه _ هل یوجب التحریم،

۱- الأقوی العدم. (المرعشی).

۲- لا یبعد دعوی أظهریّه عدم التحریم. (الروحانی).

۳- الاحتیاط المذکور لا یکون واجباً. (تقی القمّی).

۴- بـل الأقوی؛ لأنّ علمه بحرمتها له الّذی هو مضمون الروایه المقیّده ملازم معالتفاته بحرمتها له. (آقاضیاء). * یمکن القول بعدم التحریم، بل لا یخلو من قوّه. (الفانی). * لا بأس بترکه. (الخوئی).

أو لا؟ الظاهر ذلک(۱) ، لصدق التزویج(۲) . . . .

۱- لا ـ ظهور فیه. (الکوه کَمَری). * فیه تأمّل، بل منع؛ لأنّ ظاهر الدلیل أنّ التزویج الصحیح لولا وقوعه فی حالالإحرام یوجب التحریم، ومنه یظهر النظر فی قوله: لصدق التزویج. (صدرالدین الصدر). * بل الأحوط ذلک. (الإصطهباناتی). * محلّ تأمّل، نعم، هو أحوط. (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * فیه إشکال، نعم، هو أحوط. (عبدالهادی الشیرازی). * فی کونه ظاهراً إشکال، وکذلک فی شمول الأخبار له، نعم، هو أحوط. (البجنوردی). * غیر ظاهرٍ وإن کان أحوط. (الشریعتمداری). * بل الظاهر العدم. (الفانی). * قد استشکل قدّس سرّه وتوقّف سابقاً فی نظیره، ولم یستظهر البطلان، کما استظهر هنا.(المرعشی). * فیه إشکال، والأظهر عدم التحریم، وقد مرّ منه قدّس سرّه الإشکال فی نظیره فی الفصلالسابق. (الخوئی). * بل الأحوط. (السبزواری). * تقدّم منه قدّس سرّه الإشکال فی نظیر ذلک فی المسأله الاُولی من الفصل السابق،والأقوی عدم التحریم، کما قلنا هناک، وإن کان الاحتیاط لا ینبغی ترکه. (زین الدین). * فی ظهوره إشکال، نعم، هو أحوط. (محمّد الشیرازی). * فیه نظر. (حسن القمّی). * قد مرّ منه الإشکال فی نظیره فی الفصل السابق، وهو الحقّ، کما تقدّم. (الروحانی).

۲- بل هو مقتضی الاحتیاط. (الحائری). * وربّما یُستأنَس ذلک ممّا رواه فی التهذیب، عن حکم بن عیینه، قال: سألت أباجعفر علیه السّلام عن مُحرِمٍ تزوّج امرأه فی عدّتها قال علیه السّلام : «یُفَرَّق بینهما، ولا تحلّ له أبداً»(الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب ما یحرم بالمصاهره، ح۱۵.)،وإن کان الفرق بین المسألتین واضحاً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

فتشمله(۱) الأخبار(۲) ، نعم، لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

الشكّ فی کون التزویج فی الإحرام أو قبله أو بعده

(مسأله ۴) : لو شکّ فی أنّ تزویجه هل کان فی الإحرام أو قبله؟ بنی علی(۳) عدم کونه فیه(۴) . بل وکذا لو شکّ فی أنّه کان فی حال الإحرام أو بعده علی إشکال(۵) .

۱- فیه إشکال. (الخمینی). * فیه إشکال، وقد مرّ منه الإشکال فی الشمول فی تزویج ذات العِدّه. (اللنکرانی).

۲- فیه إشکال؛ لانصرافها إلی ما کان صحیحاً من غیر جهه الإحرام. (آقاضیاء).

۳- أی بنی علی صحّته، وکذا فی ما یتلوه علی الأقوی. (الخمینی).

۴- بمعنی بنائه علی صحّه التزویج، کما لا یخفی. (آقاضیاء). * بمعنی بنائه علی الصحّه، وإلّا فاستصحاب عدم کونه فیه لا مورد له. (البجنوردی). * بعد الفحص والیأس، وکذا ما بعده. (محمّد الشیرازی).

۵- الفرق بین المسألتین بإجراء الإشکال هنا دون الفرع قبله مختصّ بصوره العلمبتاریخ التزویج. (الفیروزآبادی). * أصاله الصحّه فی العقد جاریه، فلا إشکال مطلقاً. (صدرالدین الصدر). * البناء علی الصحّه لا یخلو من القوّه. (عبدالله الشیرازی). * لکنّه ضعیف. (الخوئی). * مع تقدّم أصاله الصحّه علی الاستصحاب لا وجه للإشکال. (تقی القمّی). * لا إشکال فیه. (الروحانی).

وحینئـذٍ فلو اختلف الزوجان فی وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً قُـدِّم قول مَن یـدّعی الصـحّه، من غیر فرقٍ بین جهل التاریخَین أو العلم بتاریـخ أحـدهما، نعم، لو کان مُحرِماً وشکّ فی أنّه أحلّ من إحرامه أم لا، لا یجوز له التزویـج. فإن تزوّج مع ذلک بطل(۱) وحرمت(۲) علیه(۳) أبداً(۴) ، کما هو مقتضی استصحاب(۵)

۱- إلّا مع انکشاف الخلاف. (الفانی).

۲- فی الظاهر إذا لم ینکشف الخلاف. (عبدالله الشیرازی).

۳- فی الظـاهر إذا لـم ینکشـف الخلاـف. (البروجردی). * مع علمه بـالحرمه، وإنّمـا تکـون الحرمه فی الظـاهر مـا لم ینکشـف الخلاـف.(الخمینی). * فی الظـاهر مـا لـم ینکشـف الخلاـف. (المرعشـی). * أی بـالحرمه الظـاهریّه مـا لـم ینکشـف الخلاـف. (اللنکرانی).

۴- مـا لم ینکشـف الخلاـف. (الشـریعتمداری). * ظـاهراً مـا لم ینکشـف الخلاـف. (السـبزواری). * فی الظـاهر مـا لم ینکشـف الخلاف. (زین الدین). * حرمهً ظاهریّهً إن لم ینکشف الخلاف. (محمّد الشیرازی).

۵- ولا مجال لأصاله الصـحّه فی المقام؛ إذ الأصل المزبور فی فعل الشـخص لا یجریإلّا فیما مضی منه. نعم، فی فعل الغیر لا بأس بجریانها حتّی قبل مضـیّه ومدرکهالسیره غیر الجاریه فی المقام، وإنّما یجری فی فعل الشخص عموم «کلّ ما شککت [فیه ممّا قد مضـی] (أضـفناه من المصدر لاقتضاء السیاق.) فَامضِهِ کما هو»(الوسائل: الباب (۲۴) من أبواب الخَلل الواقع فی الصـلاه، ح۳.). (آقاضیاء).

بقاء الإحرام(۱) .

حکم إنکشاف فساد الإحرام أو إفساده

(مسأله ۵) : إذا تزوّج حال الإحرام عالماً بالحکم والموضوع ثمّ انکشف فساد إحرامه صحّ العقد، ولم یوجب الحرمه، نعم، لو کان إحرامه صحیحاً فأفسده(۲) ثمّ تزوّج ففیه وجهان(۳) : من أنّه قد

۱- الاستصحاب لا یقوم مقام العلم المأخوذ فی الموضوع، وحیث إنّ المأخوذ فیموضوع التحریم العلم فلا یکفی الاستصحاب لترتّبه. (الروحانی).

۲- لکنّه فرض غیر واقع، وما هو محلّ الکلام هو فساد الحجّ فی بعض الموارد؛لإفساد الإحرام، فإنّ الظاهر عدم فساده مع فساد الحجّ. (الخمینی). * لم یعلم فرض فساد الإحرام؛ فإنّ الفاسد هو الحجّ، لا الإحرام، فلا محیص عن القول بالبطلان والحرمه الأبدیّه. (اللنکرانی).

۳- أوجههما الأوّل. (الفیروزآبادی). * أوجههما البطلان. (صدرالدین الصدر). * أوجههما الصحّه؛ لأنّ الحکم بالفساد علی خلاف القاعده، فیُقتَصَر فیه علیالمتیقَّن. (کاشف الغطاء). * أقواهما الثانی. (عبدالهادی الشیرازی، السبزواری). * لکنّ الظاهر هو الثانی، وأمّا بناءً علی تحقّق الفساد فی الإحرام ــ بمعنی خروجهعنه بعد أن وقع صحیحاً ــ فالمتعیّن هو الثانی ، ولا یبقی وجه للأوّل. (البجنوردی). * الظاهر أنّ الفاسد علی القول به هو الحجّ، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجبللحرمه الأبدیّه وجهاً واحداً. (عبدالله الشیرازی). * الأقوی أنّ الحجّ الثانی عقوبه، فلا معنی لفساد الإحرام بالإفساد، بل لا معنی له مطلقاً. (الفانی). * أظهرهما الثانی فیما إذا کان الإفساد بجماع أو نحوه، وأمّا إذاکان بترک أعمال الحجّ أوالعمره بحیث لایتمکّن من الإتیان بها بعد ذلک فالأظهر هوالأوّل. (الخوئی). * والأقرب الثانی. (محمّد الشیرازی). * أظهرهما الثانی. (الروحانی).

فسد(۱) ، ومن معاملته معامله الصحيح فی جمیع أحکامه.

رجوع المحرم فی الطلاق فی العدّه الرجعیّه

(مسأله ۶) : یجوز للمُحرِم الرجوع فی الطلاق فی العِدّه الرجعیّه، وکذا تملّک الإماء.

جواز التوکیل للمحرم فی إیقاع التزویج

(مسأله ۷) : یجوز للمُحرِم أن یوکّل مُحِلّاً فی أن یزوّجه بعد إحلاله، وکذا یجوز له أن یوکّل مُحرِماً فی أن یزوّجه بعد إحلالهما.

إجازه عقد الفضولی فی حال الإحرام وبعده

(مسأله ۸) : لو زوّجه فضولیّ فی حال إحرامه لم یجز له إجازته فی حال إحرامه(۲) ، وهل له ذلک بعد إحلاله؟ الأحوط(۳) العدم(۴) ولو علی القول

۱- إفساد الإحرام بعد النیّه وعقده بالتلبیه غیر متصوّر؛ لأنّ بقیّه المحرّمات أحکامشابته فی حاله، وبمثله یمتاز عن الصوم. (آقاضیاء). * الفاسد علی القول به هو الحجّ، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجب للحرمه الأبدیّهوجهاً واحداً. (البروجردی). * هذا علی القول بفساد الحجّ، وفساد الإحرام بفساده، أمّا علی القول بعدم فسادالحجّ ـ کما هو الظاهر من بعض الأخبار، أو عدم فساد الإحرام بفساده ـ فالوجهالثانی هو المتعیّن. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- أی المزوَّج بالفتح. (الفیروزآبادی).

۳- هذا الاحتیاط لا یکون واجباً. (تقی القمّی).

۴- والأقوی الجواز. (الفانی). * لا بأس بترکه. (الخوئی). * بل لا یخلو من قوّه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * لا یُترک هذا الاحتیاط، ولجواز الإجازه وجه علی القول بالنقل، بل وکذا علیالقول بالکشف الحکمیّ. (زین الدین). * الأظهر الجواز علی القول بالنقل، أو الکشف غیر الحقیقیّ. (الروحانی).

بالنقل. هذا، إذا كان الفضولىّ مُحِلّاً، وإلّا فعقده باطل(۱) لا يقبل الإجازه ولو كان المعقود له مُحِلّاً.

*

*

*

۱- فی إطلاقه إشكال. (حسن القمّی).

فصل [فی المحرّمات بالمصاهره]

اشاره

فی المحرّمات بالمصاهره(۱)

حقیقه المصاهره

وهی علاقه بین أحد الطرفَین مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجیّه، أو المِلک(۲) عیناً، أو انتفاعاً بالتحلیل، أو الوطء شبهه أو زناً أو النظر واللَمس فی صوره مخصوصه.

حرمه زوجه الأب والابن علی الآخر

(مسأله ۱) : تحرم زوجه کلٍّ من الأب والابن علی الآخر فصاعداً فی الأوّل، ونازلاً فی الثانی _ نسباً أو رضاعاً دواماً أو متعهً _ بمجرّد العقد وإن لم یکن دخل. ولا فرق فی الزوجَین والأب والابن بین الحرّ والمملوک.

ص:۳۰۱

۱- اُرید منها المعنی الأعمّ من المصطلح، حتّی تشمل اُمّ المزنیّ بها وبِنتِها نسباً أورضاعاً. (المرعشی).

۲- صرف التملّک عیناً أو انتفاعاً غیر مقتضٍ لحدوث المصاهره، فلابدّ من تقییدالکلام بالدخول ونحوه. (المرعشی). * حدوث العلاقه المذکوره بمجرّد المِلک عیناً أو انتفاعاً غیر معلوم، والمتیقّن هوحدوثها بالوطء، مملوکهً کانت أو محلّله، وبالنظر واللَمس فی المملوکه، نعم، فبالزوجه تحدث بمجرّد الزوجیّه وإن کان التحریم فی بعض المحرّمات مشروطاًبالدخول. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی حدوث العلاقه المذکوره بمجرّد المِلک عیناً أو انتفاعاً من دون تحقّق الوطءإشکال، مضافاً إلی اختصاص المصاهره لغهً وعرفاً بالزوجیّه، کما فی الجواهر(جواهر الکلام: ۲۹/۳۷۴.).(اللنکرانی).

حرمه مملوکه الأب علی الابن وبالعکس

(مسأله ۲) : لا تحرم(۱) مملوکه الأب علی الابن وبالعکس مع عـدم الـدخول وعـدم اللَمس والنظر، وتحرم مع الدخول أو أحد الأمرین(۲) إذا کان بشهوه(۳) . وکذا لا تحرم المحلّله لأحدهما علی الآخر إذا لم تکن

ص:۳۰۲

۱- هذه المسأله ونظائرها من المسائل المتعلّقه بأحکام العبید والإماء، لا نتعرّضلها. (تقی القمّی).

۲- علی الأحوط فی الأمرین. (عبدالله الشیرازی).

۳- والأحـوط نشـر الحرمه إذا نظر إلی عورتهـا وإن لم یکن بشـهوه، بل لا یخلو منقرب. (الحائری). * بل الأحوط ترکه باللمس وإن لم یکن عن شـهوه؛ لإطلاـق نصّه(الوسائـل: الباب (۳) من أبواب مـا یحرم بالمصـاهره ونحوها، ح۱ و۳ وغیرهمـا.)، کما أنّ فیإطلاق النظر ولو بشـهوهٍ لمثل الوجه والکفّین أیضاً نظر؛ لعـدم مساعـده الدلیل علیه،کما لا یخفی علی مَن راجع. (آقاضـیاء). * وکـان النظر إلی مـا لاـ یحـلّ لغیر مالکها النظر إلیها، والحکم عنـدی محلّ إشـکاللکنّه أحوط. (البروجردی). * علی الأحوط فی الأمرَین. (عبدالهادی الشیرازی). * وفی النظر إذا کان إلی ما لا یحلّ لغیر المالک النظر إلیه وکان بشهوه. (البجنوردی). * وکان النظر إلی فرج المملوکه. (الفانی). * علی الأحوط، بل الأحوط مطلق اللَمس والنظر إلی ما لا یحلّ لغیر المالک.(الخمینی). * بل مطلقاً علی الأـحوط، إن کـان المنظـور مـا یحرم النظر إلیـه لغیر المالـک بالزمـام.(المرعشـی). * بـل وإن لـم یکونـا بشـهوهٍ علی الأحوط، إلّا إذا کان النظر إلی ما لا یحرم لغیرالمالک النظر إلیه. (محمّـد رضا الگلپایگانی). * وتلاحظ المسأله الثامنه والثلاثون من هـذا الفصل. (زین الـدین). * إیجاب أحـد الأمرَین للحرمه من دون تجریـدها ومن دون تقبیلها محلّ نظر، لکنّهاالأحوط، ولو جرّدهـا ومسّـها مـن دون الشـهوه فالأـحوط أیضـاً الحرمـه. (حسـن القمّی). * وکـان النظر إلی مـا لاـ یبـدو غالبـاً مـن الجـواری. (الروحانی). * یأتی الکلام فیه فی المسأله (۳۶) وما بعدها. (اللنکرانی).

مدخوله(۱) .

حرمه اُمّ الزوجه على الزوج

(مسأله ۳) : تحرم على الزوج اُمّ الزوجه وإن علت، نسباً أو رضاعاً مطلقاً،

حرمه البنت على الزوج الداخل بأُمّها

وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول(۲) بالاُمّ، سواء كانت فى حُجره أم لا، وإن كان تولّدها بعد خروج الاُمّ عن زوجيّته. وكذا تحرم اُمّ المملوكه الموطوءه على الواطئ وإن علت مطلقاً، وبنتها.

تحديد الدخول المحرّم

(مسأله ۴) : لا فرق فى الدخول بين القُبُل والدُبُر، وتكفى الحشفه أو مقدارها(۳) .

۱- ولا ملموسه ولا منظوره. (الفيروزآبادى). * وملموسه ومنظوره. (الخمينى). * ولا منظوره ولا ملموسه على الأحوط، بل الأقوى. (المرعشى). * الظاهر أنّ للمحلّله حكم المملوكه، فتحرم على الأب والابن مع الدخول ومعاللمس أو النظر بشهوه. (زين الدين). * أو ما بحكم الدخول. (اللنكرانى).

۲- وتراجع المسأله السابعه والثلاثون من هذا الفصل. (زين الدين).

۳- كفايه المسمّى فى مقطوع الحشفه لا تخلو من قوّه. (الخمينى). * لو صدق الدخول بأقلّ من ذلك فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمّى). * الميزان صدق عنوان الوطء والدخول وأمثالهما. (تقى القمّى). * بل لا يبعد الاكتفاء بالمسمّى فى المقطوع. (اللنكرانى).

ولاـ يكفى الإـنزال على فرجها من غير دخولٍ وإن حبلت به. وكـذا لا فرق بين أن يكون فى حال اليقظه أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

وطء الأب والابن مملوكه الآخر

(مسأله ۵) : لا يجوز لكلٍّ من الأب والابن وطء مملوكه الآخر من غير عقدٍ ولا تحليلٍ وإن لم تكن مدخوله له، وإلّا كان زانياً.

جواز وطء الأب مملوكه ابنه الصغير

(مسأله ۶) : يجوز للأب أن يقوِّم مملوكه ابنه الصغير على نفسه ووطوها(۱) .

والظاهر إلحاق الجَدّ بالأب والبنت بالابن(۲) ، وإن كان الأحوط(۳) خلافه(۴) . ولا(۵) يعتبر . . . .

ص:۳۰۴

۱- مع الاشتراء. (الفيروزآبادى).
۲- الظـاهر إلحـاق البنت بالاـبن، ولاـ يترك الاحتيـاط فى الجِـدّ، فلا يلحق بالأب إذا كانـذلك من باب الولايه وتمّت شـروطها، فيعتبر حينئذٍ وجود المصلحه للصبىّ والملاءهوإجراء الصيغه. (زين الدين).
۳- لاـ يُترك فى الجِـدّ، وكـذا فى اعتبـار الملاـءه. (عبـدالله الشـيرازى). * لاـ يُـترك بالنسـبه إلى الجَـدّ. (الفـانى). * لاـ يُترك. (المرعشى). * لا يُترك فيه وفى ما قبله. (حسن القمّى).
۴- لا تُترك الاحتياطات الثلاثه. (السبزوارى). * لا يُترك فى الجَدّ. (الروحانى).
۵- لا يُترك فى الجَدّ، وكذا فى اعتبار الملاءه. (البروجردى).

إجراء(۱) صيغه(۲) البيع(۳) أو نحوه وإن كان أحوط(۴) .

وكذا لا يعتبر كونه مصلحةً(۵) للصبىّ، نعم، يعتبر عدم المفسده(۶) .

وكذا لا يعتبر الملاءه(۷) فى الأب وإن كان أحوط(۸) .

حكم ما لو زنى الأب أو الابن بمملوكه الآخر

(مسأله ۷) : إذا زنى الابن بمملوكه الأب حُدَّ. وأمّا إذا زنى الأب

۱- لا يُترك الاحتياط فيه، بل اعتباره لا يخلو من وجه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- بل المعتبر إيقاع المعاوضه عليها بالقيمه فى ذمّته ولو لم يكن هناك مبرز ومظهر.(المرعشى).

۳- لكن يكون التقويم بعنوان التملّك فى مقابل العوض. (الخمينى).

۴- لا ـ يُترك. (الفيروزآبـادى، الكوه كَمَرى). * بـل لا يخلو من وجه. (البروجردى). * لا يُترك الاحتياط فيه وفى ما قبله وفى ما بعده. (الخوئى). * وله وجه، فلا يُترك الاحتياط. (الروحانى).

۵- فى غير الجَدّ والبنت؛ للاقتصـار فى إطلاق النصّ الخاصّ بغيرهما(الوسائل: الباب (۷۸) من أبواب مـا يُكتَسَب به، ح۳، ح۱۰، والباب (۷۹)، ح۱ و۲.). (آقاضياء).

۶- المحرّمه، وأمّا المفسده غير المحرّمه فالحكم فيها مبنىّ على الاحتياط. (محمّدالشيرازى).

۷- التقويم معتبر شـرعاً، ومع عـدم القـدره على أداء الثمن ولو فى المسـتقبل يكونلغواً، فلابـدّ من اعتبـار القـدره على أداء الثمن. (الفانى).

۸- لا ـ يُترك فيه وفى مـا قبله من الصورتَين، بل لا يخلو اعتبار إجراء صـيغه البيعونحوه من وجه، وعلى فرض العـدم لابـدّ من أن يكون التقويم بعنوان التملّك فيمقابل العوض. (اللنكرانى).

بمملوكه الابن فالمشهور(١) عدم الحدّ عليه(٢) ، وفيه إشكال(٣) .

حكم وطء الأب أو الابن مملوكه الآخر شبهه

(مسأله ٨) : إذا وطئ أحدهما مملوكه الآخر شبههً لم يُحَدّ، ولكن عليه مهر المثل.

ولو حبلت فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد(۴) قهراً مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعتق(۵) ، إلّا إذا كان . . . .

ص:٣٠۶

١- وهو الأقوى. (الإصفهانى، السبزوارى). * وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

٢- وهو الأقوى، والفارق بينه وبين الابن هو الإجماع فيه على عدم الحدّ دون الابن.(البجنوردى).

٣- لا ـ إشكال فيه. (النـائينى، جمـال الـدين الگلپايگـانى). * كمـا يومئ إليه فى الجواهر، فراجع(جواهر الكلام: ٢٩/٣٥۵.). (آقا ضيـاء). * الأقوى ما عليه المشـهور. (الإصـطهباناتى). * لم نظفر على دليلٍ على قول المشـهور. (الفانى). * بل الظاهر ثبوت الحدّ عليه، ويظهر من المسالـك(مسالك الأفهام: ١۴/۵٣٠ _ ۵٣١.) فى المسأله الرابعه من حـدّالسارق المفروغيّه عن ترتّب حدّ الزانى على الأب لو زنى بجاريه الابن. (الخوئى).

۴- لعدم تملّك الأب ولد ولده، ذكوراً كانوا أو إناثاً، فالرقّيه مستلزمه للانعتاق.(المرعشى).

۵- إذ الولـد حينئذٍ أخٌ للمالك، ولا مانع من رقّيه الأخ للأخ. (المرعشـى). * الظاهر هو الانعتاق، كما صـرّح به فى المسأله الثامنه فى فصل نكاح العبيـد. (الخوئى). * بل يكون حرّاً، كما سـيأتى فى المسأله الثامنه من فصل «نكاح العبيد والإماء» :أنّ الولد يلحق بأشرف الأبوين، ولا ينافى ذلك أنّ على الأب ضمان قيمه الولد يوميولد حيّاً. (زين الدين).

أُنثى(۱) ، نعم، يجب(۲) على الأب(۳) فکّه إن كان ذكراً.

نكاح المرأه على عمّتها أو خالتها وبالعكس

(مسأله ۹) : لا يجوز نكاح بنت الأخ(۴) أو الاُخت على العمّه(۵) والخاله إلّا بإذنهما، من غير فرقٍ بين الدوام والانقطاع، ولا بين علم العمّه والخاله وجهلهما، ويجوز العكس وإن كانت العمّه والخاله جاهلتَين(۶) بالحال على الأقوى(۷) .

شمول الحكم لمطلق العمّه والخاله بلا فرق ولا استثناء حال

(مسأله ۱۰) : الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتَين(۸) والكبيرتَين

۱- أو مـات الابن فانتقلت الموطوءه إلى الأب. (صدرالـدين الصـدر). * لأنّها حينئـذٍ من المحارم، ولا يملك الشـخص محارمه. (المرعشی).

۲- يحتاج إلى المراجعه. (الخمينی).

۳- سيأتی تفصيل هذه المسأله فی المسأله (۸) من فصل نكاح العبيد والإماء.(السبزواری).

۴- بنت أخ الزوجه أو اُختها. (الفيروزآبادی).

۵- قد يقال: إنّ هذه المسأله من انفراديّات أصحابنا الإماميّه، وفيه تأمّل. (المرعشی).

۶- فيه تأمّل. (اللنكرانی).

۷- هذه الصوره محلّ تأمّل وإشكال، وكذا صوره الاقتران. (البروجردی).

۸- من بنت الأخ أو الاُخت والعمّه والخاله. (الفيروزآبادی). * وفی كفايه إجازه الوليّين إشـكال. (المرعشی). * فی كفايه إجازه الوليّ فی العمّه والخاله الصغيرتَين إشكال، فالأحوط ترك العقدولو مع إجازه الوليّ. (محمّد رضا الگلپايگانی).

والمختلفتَين(١) ، ولا بين اطّلاع العمّه والخاله على ذلك، وعـدم اطّلاعهما أبـداً، ولا بين كون مدّه الانقطاع قصـيرةً ولو ساعه أو طويله، على إشكال(٢) فى بعض(٣) هذه الصوره؛ لإمكان دعوى(۴) انصراف(۵) الأخبار(۶) .

اقتران العقدين على العمّه وبنت أخيها أو الخاله وبنت اُختها

(مسأله ١١) : الظاهر(٧) . . . .

١- وإذا كـانت العمّه والخـاله صـغيرتَين فالأحوط ترك العقـد على ابنه الأخ وابنهالاُخت، ولا يكفى إذن ولىّ الصـغيره. (زين الدين).

٢- لا إشـكال فيه بعـد إطلاق الأخبار، ودعوى الانصـراف ممنوعه. (صدرالـدين الصدر). * لا إشـكال بعد إطلاق الأخبار وعدم الموجب للانصـراف. (الفـانى). * الإشـكال ضـعيف، والانصـراف ممنوع. (زين الـدين). * لكنّه ضـعيف. (تقى القمّى). * أقواه التعميم. (الروحانى).

٣- لكنّ الأقوى هو التعميم. (البروجردى). * أقواه التعميم. (عبدالهادى الشيرازى). * الأقوى التعميم. (الخمينى).

۴- لكنّه على فرض التسليم بدوىّ، والأقوى التعميم. (المرعشى).

۵- لا وجه لهذه الدعوى. (الكوه كَمَرى).

۶- لا وجه لـدعوى الانصـراف ظاهراً، ولو كان فهو بدوىّ لا اعتبار به. (البجنوردى). * الانصـراف بدوىّ. (عبدالله الشـيرازى). * دعوى الانصراف ممنوعه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * لكنّه انصراف بدوىّ لا يضرّ بالإطلاق. (اللنكرانى).

٧- فيه إشـكال، بل الأشـبه عكسه. (الخمينى). * فيه إشـكال، والاحتياط لا ينبغى تركه. (الخوئى). * لا منشأ لـذلك الاسـتظهار، نعم، هـذا الحكم مطـابق للاحتيـاط. (محمّـد رضاالگلپايگـانى). * على الأحوط. (حسن القمّى). * بـل الظاهر خلافه، ومقتضـى القاعـده صـحّه العقـد؛ لعـدم تحقّق عنوان الموضوعللحرمه. (تقى القمّى). * فيه نظر، بل ظاهر الدليل الاختصاص بصوره السَبق، وخروج صوره الاقتران.(اللنكرانى).

أنّ(۱) حکم(۲) اقتران(۳) العقدَین(۴) حکم سبق العمّه(۵) والخاله(۶) .

عدم الفرق فی العمّه والخاله مسلمتین وغیرهما وبین الدنیا والعلیا منهما

(مسأله ۱۲) : لا فرق بین المسلمتَین والکافرتَین والمختلفتَین.

(مسأله ۱۳) : لا فرق فی العمّه والخاله بین الدُنیا منهما والعُلیا.

ص:۳۰۹

۱- فیه تأمّل؛ لانصراف النصّ(الوسائل: الباب (۳) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ونحوها، أحادیث الباب.). (آقاضیاء). * فیه إشکال. (السبزواری).

۲- لا ظهور فیه وإن کان أحوط. (الکوه کَمَری).

۳- فیه إشکال، وقَلَّ مَن تعرّض له فیما أعلم، وإلحاقه بسَبق العمّه والخاله محلّإشکال. (المرعشی).

۴- فیه إشکال. (البجنوردی).

۵- فیه تأمّل، نعم، هو الأحوط. (عبدالله الشیرازی).

۶- فیه تأمّل واضح، ولکنّه احتیاط لا یُترک. (زین الدین). * بل حکم لحوقهما. (الروحانی).

كفايه الرضا الباطنى

(مسأله ۱۴) : فى كفايه الرضا الباطنىّ منهما من دون إظهاره(۱) وعدمها(۲) ، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلًا وجهان(۳)
.

عدم كفايه الإذن السابق فى التزويج

(مسأله ۱۵) : إذا أذِنت ثمّ رجعت ولم يبلُغْهُ الخبر فتزوّج لم يكفِهِ

ص:۳۱۰

۱- على الوجه الظاهر المتعارف. (الفيروزآبادى).

۲- وهو الأظهر. (تقى القمّى).

۳- أوجههما الكفايه. (الفيروزآبادى). * أوجههما الأوّل؛ لظهور النصّ(الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، ح۳.) فى كفايه الرضا. (آقاضياء). * أوجههما الأوّل مع العلم بذلك. (الكوه كَمَرى). * أوجههما الثانى. (صدرالدين الصدر). * أحوطهما الثانى. (عبدالهادى الشيرازى). * الأقرب هو كفايه الرضا الباطنىّ منهما، من دون الاحتياج إلى الإذن قولاً أو فعلاً ـ(البجنوردى). * لا ـ يبعد الأوّل. (عبدالله الشيرازى). * إنشاء الإذن قولاً ـ أو فعلاً ـ معتبر. (الفانى). * الأحوط الثانى. (الخمينى). * الأقرب الكفايه. (المرعشى). * والأوجه هو الأوّل. (الخوئى). * أقواهما الأوّل فى صوره العلم بالرضا، وأحوطهما الثانى. (محمّد رضا الگلپايگانى). * والثانى أحوط إن لم يكن أقوى. (محمّد الشيرازى). * أظهرهما العدم. (الروحانى). * والأحوط الثانى. (اللنكرانى).

الإذن السابق.

الرجوع عن الإذن بعد العقد

(مسأله ۱۶) : إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثّر(۱) فی البطلان.

کفایه الإذن وإن کان عن غرور

(مسأله ۱۷) : الظاهر کفایه إذنهما وإن کان عن غرور، بأن وعدها أن یُعطیها شیئاً فرضیت ثمّ لم یفِ(۲) بوعده، سواء کان بانیاً علی الوفاء حین العقد(۳) أم لا(۴) . نعم(۵) ، لو قیّدت الإذن بإعطاء شیءٍ فتزوّج ثمّ لم یُعطِ کشف عن بطلان الإذن(۶) والعقد، وإن کان حین العقد بانیاً علی العمل به.

اعتبار إذنهما من باب الحکم الشرعی

(مسأله ۱۸) : الظاهر(۷) أنّ اعتبار(۸) إذنهما من باب الحکم

۱- أی لا یبطل العقد الواقع بعد صحّته. (الفیروزآبادی).

۲- إذا کان الوعد إعطاءَها قبل العقد، وإلّا ففی البطلان مع عدم الإعطاء تأمّل، بلمنع. (صدرالدین الصدر).

۳- مع العزم علی عدم الوفاء لا یخلو من إشکال. (عبدالله الشیرازی).

۴- مع العزم علی عدم الوفاء مشکل. (الإصطهباناتی). * مع العزم علی عدم الوفاء لا یخلو من إشکال. (البروجردی). * بل عازماً علی عدمه. (المرعشی).

۵- التعمیم باطل، فلا حاجه إلی الاستدراک؛ لأنّ الرضا فی صوره وعد الإعطاء مقیّد،لا مطلق. (الفیروزآبادی).

۶- لا یتّصف الإذن بالصحّه والبطلان؛ فإنّه: إمّا موجود، أو معدوم، ولعلّه یرید بذلک عدم تحقّقه باعتبار عدم تحقّق المعلّق علیه. (الخوئی).

۷- منشأ الاستظهار غیر معلوم، نعم، مقتضی الاستصحاب عدم التأثیر، لا الإسقاط.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۸- فیه إشکال. (عبدالهادی الشیرازی). * بل الظاهر أنّ الحکم المذکور من قبیل الحقّ، وملاک جعله التشریف. (الفانی).

الشرعیّ(۱) ، لا أن یکون لحقٍّ منهما، فلا یسقط(۲) بالإسقاط(۳) .

الاشتراط علی العمّه أو الخاله الإذن فی تزویج بنت الأخ أو الاُخت

(مسأله ۱۹) : إذا اشترط(۴) فی عقـد العمّه أو الخاله إذنهما فی تزویج بنت الأخ أو الاُخت، ثمّ لم تأذنا عصـیاناً منهما فی العمل بالشرط لم یصحّ العقد علی إحدی البنتین، وهل له إجبارهما(۵) فی الإذن؟(۶)

وجهان(۷) ، نعم، . . . .

ص:۳۱۲

۱- بل هو بالحقّ أشبه. (محمّد الشیرازی).

۲- فإن أسقَطَتَا ثمّ أظهَرَتَا عدم الرضا لا یصحّ عقدهما. (الفیروزآبادی).

۳- ویمکن أن یکون حقّاً غیر قابلٍ للإسقاط؛ إذ لیس کلّ حقٍّ قابلًا له، ففی دعوی الظهور إشکال. (السبزواری).

۴- فی صحّه هذا الشرط تأمّل، إلّا إذا رجع إلی الصوره الاُولی، فکیف کان فالأقوی فساد العقد مع إظهار الکراهه. (صدرالدین الصدر).

۵- الظاهر أنّ المعتبر هو الإذن الکاشف عن الرضا، أو الرضا وحده، ولا ـ وجهللإجبار علی ذلک. (الکوه کَمَری). * لکنّه مع الإجبار لا ـ یتحقّق الإذن الکاشف عن الرضا الباطنی، والمعتبر هوالمکشوف فقط، أو مع ضمّ الکاشف القولیّ أو الفعلیّ. (اللنکرانی).

۶- الإذن الإجباریّ لا یکشف عن الرضا وهو المعتبر، کما ورد التعبیر به فی بعضالأخبار. (الفانی).

۷- لا ـ ینفع الإجبار. (الفیروزآبادی). * مع دخل الرضا الباطنیّ بنحو الحکمیّه فی صحّه العقد لا یتصوّر فیهاإجبارهماعلیه. (آقا ضیاء). * الإذن لیس قابلاً ـ للإجبار. (الشریعتمداری). * الأظهر الأوّل بعد کون الاشتراط مستلزماً لثبوت حقٍّ للمشروط له علیالمشروط علیه، ولکنّ الظاهر أنّ الإذن شرط من جهه کشفه عن الرضا، فحینئذٍ لاوجه للإجبار. (المرعشی). * الظاهر هو جواز الإجبار، إلّا أنّه لا یجدی؛ فإنّ الموضوع لصحّه العقد علی بنتالأخ أو الاُخت رضا العمّه أو الخاله، وهو لا یتحقّق به. (الخوئی). * لو کان المعتبر الإذن الکاشف عن الرضا کما هو الظاهر فلا ـ یتحقّق بالإجبار.(محمّد رضا الگلپایگانی). * لا ـ یبعد ذلک. (السبزواری). * ظاهر الأدلّه أنّه یعتبر الإذن الکاشف عن الرضا، ومثل هذا الإذن غیر قابلٍللإجبار. (زین الدین). * الأوّل غیر بعیدٍ وإن کان الثانی أحوط. (محمّد الشیرازی). * والأوجه جوازه. (تقی القمّی). * أظهرهما أنّ له ذلک. (الروحانی).

إذا اشترط(۱) علیهما فی ضمن عقدهما أن یکون له العقد(۲) علی ابنه الأخ أو الاُخت فالظاهر(۳) الصحّه(۴) ، . . . .

ص:۳۱۳

۱- فی صحّه هذا الشرط نظر؛ لأنّه بإطلاقه خلاف السنّه الدالّه علی اعتبار رضاهمابالتزویج، وتوهّم انصرافه إلی صوره عدم الشرط فاسد بعد اقتضاء العنوانَین دَخلُرضاهما فی صحّه العقد المزبور. (آقاضیاء). * فیه إشکال. (عبدالهادی الشیرازی).

۲- فیه تأمّل. (الکوه کَمَری).

۳- الظاهر أنّ الشرط المذکور إن لم یقیّد بالرضا ولا بعدمه یکون بمنزله الإذن،فیصحّ العقد ما لم تظهر الکراهه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- فیه إشکال. (المرعشی). * فیها إشکال. (عبدالهادی الشیرازی) * بل الظاهر الفساد. (البروجردی، الروحانی). * محلّ إشکال. (الشریعتمداری). * لو رجع الشرط إلی سقوط إذنه فالظاهر بطلان الشرط. (الخمینی). * فیه تفصیل. (السبزواری). * وهو فی غایه الإشکال. (زین الدین). * مشکل غایه الإشکال؛ فإنّ الشرط من قبیل الشرط المخالف للکتاب. (حسنالقمّی). * هذا إذا کان مرجع الشرط إلی توکیلها الزوج فی الإذن، وأمّا لو کان مرجعه إلیکون الأمر بیده فلا یصحّ. (تقی القمّی). * إن کان مرجع الشرط إلی سقوط اعتبار إذنهما فالظاهر فساده، وإن کان مرجعهإلی لزوم الإذن البعدیّ فیرجع إلی الصوره الاُولی، وإن کان مرجعه إلی الإذن الفعلیّحال العقد فهو معتبر ما لم یتحقّق الرجوع عنها. (اللنکرانی).

وإن أظهرتا(١) الكراهه(٢) . . . .

ص:٣١۴

١- بـل البطلاـن؛ لأنّ الشـرط خلاف السـنّه، وليس حقّاً حتّى يرجع الشـرط إلى إسـقاطالحقّ، اللهمّ إلّا أن يقال: يشترط أن يكون الزوج مأذونـاً من قبلهما في تزويجهما.(الفيروزآبادى). * فيه إشكال. (الإصـفهانى). * فيه إشـكال، بل لا يبعـد الفساد. (عبـدالله الشيرازى).

٢- محلّ إشكال. (الإصطهباناتى). * بل الظاهر هو الفساد؛ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب لو كان مقيّداً بعدم إذنهما ورضاهما، أو كـان مطلقـاً بالنسبه إلى ذلـك. (البجنوردى). * إظهـار الكراهه كـاشف عن عـدم الرضـا، والمعتبر هو الرضا. (الفانى). * فيه إشـكال إن كانت قبل العقد على بنت الأخ أو الاُخت، بل وبعده أيضاً، إلّا إذاكان بنحو ما مرّ فى المسأله (١۶) فلا إشكال حينئذٍ. (السبزوارى).

بعد هذا(۱) .

صحّه العقد بالإذن اللاحق

(مسأله ۲۰) : إذا تزوّجهما من غير إذنٍ ثمّ أجازتا صحّ على الأقوى(۲) .

حكم الشكّ فی سبق أحد العقدين واقترانه

(مسأله ۲۱) : إذا تزوّج العمّه وابنه الأخ وشكّ فی سَبق عقد العمّه أو سبق عقد الابنه حكم بالصحّه(۳) ، وكذا إذا شكّ فی السَبق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران.

إذا ادّعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن

(مسأله ۲۲) : إذا ادّعت العمّه أو الخاله عدم الإذن، وادّعى هو الإذن منهما قُدِّم قولهما(۴) . وإذا كانت الدعوى بين العمّه وابنه الأخ مثلاً فی الإذن وعدمه فكذلك قُدِّم قول العمّه.

الشكّ فی حصول إذن العمّه أو الخاله

(مسأله ۲۳) : إذا تزوّج ابنه الأخ أو الأُخت وشكّ(۵) فی أنّه هل كان عن إذنٍ من العمّه والخاله أو لا؟ حمل فعله على الصحّه(۶) .

۱- بل الظاهر الفساد. (الخوئی).

۲- لكنّ الأحوط عدم الاكتفاء به. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- إن لم يعلم غفلته عن ذلک حال العقد. (صدرالدين الصدر). * يشكل الحكم بالصحّه إذا علم بغفلته عن ذلک حال العقد، وكذا فی الفرضاللاحق؛ بناءً على البطلان. (زين الدين).

۴- إذ شرط الصحّه قائم بمن يدّعی عدمه، وكذا الحال فی تالی المسأله. (المرعشی).

۵- سواء حصل الشكّ منه أم من الغير. (الفيروزآبادی).

۶- إذا لم يعلم بغفلته عن ذلک حال العقد. (زين الدين). * كيف يحمل فعله على الصحّه، والحال أنّ سلطنته على العقد غير محرزه، ودليلأصاله الصحّه منحصر فی السيره، ولا إطلاق لها؟! (تقی القمّی).

صحّه التزویج إذا حصلت البنتیّه بعده أو کان الجمع بینهما حال الکفر ثمّ أسلم

(مسأله ۲۴) : إذا حصلت بنتیّه الأخ أو الاُخت بعد التزویج بالرضاع لم یبطل(۱) ، وکذا إذا جمع بینهما فی حال الکفر ثمّ أسلم علی وجه(۲) .

تزوّج بنت الأخ أو الاُخت لو طلّق عمّتها أو خالتها

(مسأله ۲۵) : إذا طلّق العمّه أو الخاله طلاقاً رجعیّاً لم یجز تزویج أحد البنتَین إلّا بعد خروجهما عن العِدّه، ولو کان الطلاق بائناً جاز من حینه.

(مسأله ۲۶) : إذا طلّق إحداهما بطلاق الخُلع جاز له العقد علی البنت؛ لأنّ طلاق الخُلْع بائن، وإن رجعت فی البذل لم یبطل(۳) العقد(۴) .

حکم المملوکتین والمختلفتین

(مسأله ۲۷)(۵) : هل یجری الحکم فی المملوکتَین(۶) والمختلِفَتَین؟

ص:۳۱۶

۱- مشکل، بناءً علی بطلان الجمع بینهما مطلقاً ولو بقاءً. (السبزواری).

۲- لا یخلو من قوّه. (عبدالهادی الشیرازی، الفانی). * فیه تأمّل. (الخمینی). * غیر صافٍ عن شوب الإشکال. (المرعشی). * قابل للخدشه. (السبزواری). * وهو مشکل، بل ممنوع. (زین الدین). * ولا یبعد کونه وجیهاً. (محمّد الشیرازی).

۳- بل وإن رجع الزوج لم یبطل أیضاً. (تقی القمّی).

۴- ولکنّه إذا أراد الرجوع بها فالأحوط له أن یستأذنها فی العقد علی البنت.(زین الدین).

۵- لا نتعرّض لهذه المسأله وأمثالها. (تقی القمّی).

۶- لا من جهه أصل الملک، بل بلحاظ الوطء فیه. (اللنکرانی).

وجهان، أقواهما العدم(۱) .

الزنا الطارئ على التزويج

(مسأله ۲۸) : الزنا الطارئ على التزويـج لا يوجب الحرمه إذا كان بعـد الوطء، بل قبله(۲) أيضاً(۳) على الأقوى(۴) . فلو تزوّج امرأه ثمّ زنى بأُمّها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته(۵) . وكذا لو زنى الأب بامرأه الابن لم تحرم

۱- إن كانت العمّه أو الخاله حرّهً وبنت الأخ أو الأُخت مملوكهً تجرى الأحكامظاهراً. (الفيروزآبادى).

۲- فيه إشكال، ولا ـ يُترك الاحتياط ولو من جهه وجود مقيِّدات، وإن قيل بضعفهاسنداً. (آقاضياء). * بل يوجب فيه على الأحوط. (اللنكرانى).

۳- لا ـ يُترك الاحتياط فيما إذا كان الزنا قبل الوطء، وكذا فى اللواط الطارئ قبلالوطء. (محمّد رضا الگلپايگانى). * لا يُترك الاحتياط فى هذه الصوره. (زين الدين). * الاحتياط فى هذه الصوره ممّا ينبغى رعايته، وإن كان الأقوى ما أفاده.(الروحانى).

۴- لا ـ يُترك الاحتياط بالطلاق. (الحائرى). * ينبغى فى هذه الصوره رعايه الاحتياط. (البروجردى). * لا ـ يُترك الاحتياط. (عبدالله الشيرازى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك(هذه التعليقه منه قدّس سرّه أوردناها من نسخهٍ اُخرى.). (الخوئى). * لا ينبغى ترك الاحتياط. (السبزوارى). * فى القوّه إشكال، والأحوط انّه يوجبها. (حسن القمّى).

۵- تقدّم خلافه فى الفصل المتقدّم على الفصل السابق،والأقوى مافى المقام. (الكوه كَمَرى).

على الابن. وكذا لو زنى الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه. وكذا الحال فى اللواط الطارئ على التزويج(۱) ، فلو تزوّج امرأه ولاطَ بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلّا أنّ الاحتياط(۲) فيه(۳) لا يُترك(۴) .

الزنا السابق على التزويج

وأمّا إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمّه(۵) أو الخاله يوجب

۱- لا يُترك الاحتياط فى الطارئ بعد العقد وقبل الدخول. (زين الدين).

۲- يجوز تركه. (الفيروزآبادى). * تقدّم ما هو الأقوى فى ذلك. (جمال الدين الگلپايگانى). * إذا كان اللواط قبل الوطء، وأمّا إذا كان بعد الوطء فالأقوى عدم وجوب مراعاته.(محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- تقدّم ما هو الأقوى فى ذلك. (النائينى). * فى خصوص ما إذا كان اللواط قبل الوطء، كما فى الزنا، على ما مرّ. (اللنكرانى).

۴- تقدّم أنّ الأقوى عدم الحرمه فى اللواط الطارئ على التزويج، فيجوز ترك هذاالاحتياط، نعم، لا يجوز ترك الاحتياط فى العقد الجديد بعد طلاقها؛ لأنّ اللواطبالنسبه إلى العقد الجديد ليس طارئاً على التزويج، بل سابق عليه. (البجنوردى). * لا بأس بتركه. (الفانى). * لا ينبغى تركه. (الخمينى). * فيما كان ارتكاب الحرام قبل الوطء، وأمّا بعده فلا أثر له قطعاً، سواء فى ذلك الزنا واللواط. (المرعشى). * لا بأس بتركه فى غير ما إذا أراد التزويج بها ثانياً. (الخوئى). * لا بأس بتركه، إلّا بعد بطلان العقد الأوّل بطلاقٍ أو بغيره وأراد التزويج ثانياً.(حسن القمّى).

۵- الحكم بالنسبه إليها مبنىّ على الاحتياط. (تقى القمّى).

حرمه بنتیهما(۱) ، وإن کان بغیرهما ففیه خلاف(۲) والأحوط التحریم(۳) ، بل لعلّه لا یخلو من قوّه(۴) .

حکم الوطء بالشبهه

وکذا الکلام فی الوطء بالشبهه(۵) فإنّه: إن کان طارئاً لا یوجب الحرمه،

۱- علی الأحوط فی بنت العمّه. (الخوئی). * علی الأحوط فی بنت العمّه، وهو الأقوی فی بنت الخاله. (زین الدین). * الحکم فی العمّه مبنی علی الاحتیاط. (حسن القمّی). * علی الأحوط، وعدم التحریم أقوی. (الروحانی).

۲- لا یُترک الاحتیاط فیه وفی الوطء بالشبهه. (صدرالدین الصدر).

۳- لا یُترک هذا الاحتیاط، أمّا القوّه فهی موضع تأمّل، وفی حکم بنت المَزنِیّ بهاالمرأه المزنیّ بها علی أب الزانی وولده. (زین الدین).

۴-القوّه محلّ منع، وکذا فی الوطء بالشبهه. (البروجردی). * فی القوّه محلّ التأمّل، وکذا فی الوطء بالشبهه. (عبدالله الشیرازی). * القوّه ممنوعه، نعم، هو أحوط. (الشریعتمداری، السبزواری). * بل هو قویّ جدّاً؛ إذ یظهر من الروایات أنّ الحکم بالحلّ ورد تقیهً، فتأمّل فیهادقیقاً. (الفانی). * فی القوّه إشکال، وکذا فی الوطء بالشبهه. (الخمینی، اللنکرانی). * فی التقویه ضعف. (المرعشی). * فی القوه إشکال، بل منع. (الخوئی). * فی القوّه إشکال. (محمّد الشیرازی). * بل الأقوی عدم التحریم. (حسن القمّی). * فی إطلاقها إشکال. (تقی القمّی). * فی القوّه منع، بل عدم التحریم أقوی، وکذا فی الوطء بالشبهه. (الروحانی).

۵- إلحاق وطء الشبهه بالزنا فی الحکم مبنیّ علی الاحتیاط. (حسن القمّی).

وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها(۱) .

الزنا بمملوكه الأب والعكس

(مسأله ۲۹) : إذا زنی بمملوكه(۲) أبيه: فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت(۳) على الأب(۴) ، وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم. وكذا الكلام إذا زنی الأب بمملوكه ابنه.

ترتّب حكم الزنا بالوطء فى القبل أو الدبر

(مسأله ۳۰) : لا فرق فى الحكم بين الزنا فى القُبُل أو الدُبُر.

بعض فروع الشكّ فى الزنا

(مسأله ۳۱) : إذا شكّ فى تحقّق الزنا وعدمه بنی على العدم. وإذا شكّ

فى كونه سابقاً، أوْ لا بنی(۵) . . . .

۱- فيه إشكال. (المرعشی). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئی). * على الأحوط. (زين الدين). * لا دليل عليه، لكنّ الاحتياط لا يُترك. (تقی القمّی).

۲- هذه المسأله وأمثالها خارجه عن محلّ الابتلاء. (تقی القمّی).

۳- للأخبار المقيّده بعموم العلّه بأنّ «الحلال لا يحرّمه الحرام»(الوسائل: الباب (۴) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، ح۳.)، وعملهم بها فبالمقام يكشف عن اعتبارها، وهو الفارق بين المقام والمقام السابق. (آقاضياء).

۴- فيه إشكال، بل منع. (الخوئی).

۵- إذا جهل كلّ من تاريخ العقد على المرأه وتاريخ الزنا بها حكم بصحّه العقدوثبوت الزوجيّه، وإذا علم تاريخ العقد وشكّ فی تاريخ الزنا حكم بالحلّ وعدمالتحريم المؤبّد، أمّا إذا علم تاريخ الزنا بالمرأه وشكّ فی تاريخ العقد عليها فالحكمهو التحريم المؤبّد، وكذلك مملوكه الأب والابن إذا زنا بها الآخر منهما، فإذا جهل تاريخ وطءِ المالك للأمه وتاريخ زنا الآخر بها حكم بالحلّ، وكذلك يحكم بالحلّإذا علم بتاريخ الوطء وشكّ فی تاريخ الزنا، وأمّا إذا علم تاريخ الزنا وشكّ فيتاريخ الوطء فالحكم هو التحريم. (زين الدين).

على كونه لاحقاً(۱) .

(مسأله ۳۲) : إذا علم أنّه زنى بأحد الامرأتَين(۲) ولم يدرِ أيّتهما هی؟

وجب(۳) عليه الاحتياط إذا كان لكلٍّ منهما اُمّ أو بنت. وأمّا إذا لم يكن(۴) لإحداهما اُمّ ولا بنت(۵) فالظاهر(۶) جواز(۷) نكاح الاُمّ أو البنت من الاُخرى(۸) .

حصول الزنا بالاختياری والاضطراری بالبالغه وغيرها

(مسأله ۳۳) : لا فرق(۹) فی الزنا(۱۰) بين كونه اختياريّاً أو إجباريّاً أو

ص:۳۲۱

۱- لأصاله الصحّه، لا للاستصحاب كی يشكل فی إطلاقه. (آقاضياء). * فی الإطلاق نظر. (المرعشی). * فيه تفصيل. (السبزواری).

۲- بحيث كانت هی أيضاً زانيه. (اللنكرانی).

۳- الوجوب مبنیّ على كون العلم الإجمالیّ منجّزاً بالجمله. (تقی القمّی).

۴- أو لم يكن أحد طرفَی علمه مسبوقاً بالحرمه برضاعٍ أو غيره. (صدرالدين الصدر).

۵- أو كانت خارجةً عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشيرازی).

۶- للاستصحاب فيهما بلا معارض. (آقاضياء).

۷- هذا إذا كانت المرأه زانيهً، لا مشتبهه. (الخمينی).

۸- وكذلك إذا كانت إحداهما المعيّنه محرمةً عليه قبل ذلك برضاعٍ أو نحوه، فلايحرم عليه نكاح اُمّ الاُخرى وبنتها بسبب هذا الزنا المعلوم بالإجمال. (زين الدين).

۹- عدم الفرق فی الفروع المذكوره مبنیّ على الاحتياط. (تقی القمّی).

۱۰- على الأحوط فيه وفی ما بعده. (محمّد الشيرازی).

اضطراريّاً، ولا ـ بين كونه فى حال النوم(۱) أو اليقظه، ولا ـ بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزنيُّ بها. بل لو أدخلت الامرأه ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمه على إشكال(۲) .

بل لو زنى بالميته(۳) فكذلك على إشكال(۴) أيضاً وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميّت المتّصل. وأمّا لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

حكم ما لو زنا لاحقاً ثمّ طلّق زوجته وأراد الرجوع لها

(مسأله ۳۴) : إذا كان الزنا لاحقاً(۵) فطلّقت الزوجه رجعيّاً ثمّ رجع الزوج فى أثناء العِدّه لم يُعَدَّ سابقاً حتّى ينشر الحرمه؛ لأنّ الرجوع إعاده(۶)

۱- الظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً؛ وذلك لاعتبار الاختيار فيمفهوم الزنا. (الخوئى).

۲- كلّ ذلك لشبهه الانصراف فى الأدلّه إلى غيرها، ولا يُترك الاحتياطفيها.(آقاضياء). * الأقوى فيه وفى ما بعده عدم نشر الحرمه. (كاشف الغطاء). * ضعيف جدّاً، وكذا الحال فى ما بعده. (الخوئى). * قوىّ، وكذا فى الإشكال التالى. (محمّد الشيرازى).

۳- الحرمه فى ذلك ممنوعه. (الكوه كَمَرى).

۴- الحرمه فيها ممنوعه. (الشريعتمدارى). * قوىّ، فلا ـ يُترك الاحتياط بالرعايه. (المرعشى). * الإشكال فيه وفى لاحقه قوىّ، ولكن لا يُترك الاحتياط فيهما. (زين الدين). * الأقرب عدم نشر الحرمه به وبما بعده. (حسن القمّى).

۵- لو لم يكن من تفويت مورد الإجازه عرفاً. (السبزوارى).

۶- إعاده المعدوم غير معقول، لكنّ النتيجه واحده. (تقى القمّى).

الزوجيّه(۱) الاُولی. وأمّا إذا نکحها بعد الخروج عن العِدّه، أو طلّقت بائناً

فنکحها بعقدٍ جدید ففی صحّه النکاح وعدمها وجهان(۲) : من أنّ الزنا حین وقوعه لم یوثّر فی الحرمه؛ لکونه لاحقاً فلا أثر له(۳) بعد هذا أیضاً،ومن أنّه سابق بالنسبه إلی هذا العقد الجدید، والأحوط(۴) النشر(۵) .

الزنا بعد التزویج بالفضولی

(مسأله ۳۵) : إذا زوّجه رجل امرأهً فضولاً فزنی باُمّها أو بنتها، ثمّ أجاز العقد: فإن قلنا بالکشف الحقیقیّ(۶) کان الزنا لاحقاً(۷) ، وإن قلنا

ص:۳۲۳

۱- بل الزوجیّه الاُولی باقیه حقیقهً، والرجوع إبطال لأثر الطلاق. (الخوئی).

۲- أوجههما الصحّه. (عبدالهادی الشیرازی). * والصحّه أقرب. (محمّد الشیرازی).

۳- وهو الأوجه. (الفیروزآبادی).

۴- بل الأقوی. (صدرالدین الصدر، المرعشی، زین الدین). * بل الأظهر. (تقی القمّی).

۵- بل الأقوی؛ لصدق سَبقه علی العقد الجدید. (آقاضیاء). * لا یجوز ترک هذا الاحتیاط، وقد تقدّم نظیر ذلک فی اللواط الطارئ بالنسبه إلی العقد الجدید. (البجنوردی). * علی القول به فی الزنا، وقد مرّ عدم کون الزنا مؤثّراً فی الحرمه مطلقاً. (الروحانی).

۶- أو الحکمیّ. (تقی القمّی).

۷- هذا إنّما یتمّ علی الکشف اللغویّ، وأمّا علی الکشف الحقیقیّ المصطَلَح فلا.(الکوه کَمَری). * یمکن أن یقال بعدم صحّه الإجازه ولو علی الکشف الحقیقیّ؛ فإنّ الزنا مفوّت لمحلّ الإجازه، کما فی نظائره. (الشریعتمداری). * وکذا علی الکشف الانقلابیّ، کما هو الظاهر. (زین الدین).

بالکشف(۱) الحکمیّ(۲) أو النقل کان سابقاً(۳) .

النظر واللمس بشهوه هل ینشر الحرمه؟

(مسأله ۳۶) : إذا کان للأب مملوکه منظوره(۴) أو ملموسه له بشهوهٍ(۵) حرمت علی ابنه(۶) . وکذا العکس علی الأقوی فیهما، بخلاف ما إذا کان النظر أو اللَمس بغیر شهوه، کما إذا کان(۷) للاختبار(۸) أو للطبابه،أو کان اتّفاقیّاً، بل

۱- فیه نظر. (اللنکرانی).

۲- فیه تأمّل. (الخمینی). * فیه نظر. (المرعشی). * الکشف الحکمیّ کالحقیقیّ حکماً. (محمّد الشیرازی). * فیه إشکال إن قلنا بالکشف الانقلابیّ. (حسن القمّی).

۳- الحکم بسَبق الزنا مخالف للکشف الحکمیّ؛ لأنّ مقتضاه الحکم بسَبق الزوجیّه،لکن لا یُترک الاحتیاط. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- إلی فرجها. (الفانی).

۵- ولم یکن المنظور أو الملموس هو الوجه أو الکفّین، وأمّا هما فیأتی حکمهما فیالمسأله (۳۸). (اللنکرانی).

۶- تقدّم الکلام فیه، فراجع(أی فی المسأله الثانیه من هذا الفصل.). (آقاضیاء). * تقدّم الکلام فیه فی المسأله الثانیه. (حسن القمّی).

۷- مرّ الکلام فیه. (الخمینی).

۸- لا یُترک الاحتیاط فیما إذا تعمّد النظر إلی الفرج ولو للاختبار.(محمّد رضاالگلپایگانی).

وإن أوجب شهوةً(۱) أيضاً(۲) ، نعم، لو لَمِسها لإثاره الشهوه ـ كما إذا مسّ فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوه ـ فالظاهر النشر.

(مسأله ۳۷) : لاـ تحرم اُمّ المملوكه الملموسه والمنظوره على اللامِس والناظر على الأقوى، وإن كان الأحوط الاجتناب. كما أنّ الأحوط اجتناب الرَبِيبه الملموسه أو المنظوره اُمّها، وإن كان الأقوى عدمه.

بل قد يقال: إنّ اللَمس والنظر يقومان مقام الوطء فى كلّ موردٍ يكون الوطء ناشراً للحرمه، فتحرم الأجنبيّه الملموسه أو المنظوره شبهةً أو حراماً على الأب والابن، وتحرم اُمّها وبنتها، حرّةً كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلّا أنّ الأقوى خلافه. وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمه فى مملوكه كلٍّ من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسةً أو منظورةً(۳) بشهوه(۴) .

(مسأله ۳۸) : فى إيجاب النظر أو اللَمس إلى الوجه والكفّين إذاكان بشهوهِ نظر، والأقوى العدم(۵) ، وإن كان . . . . .

۱- الظاهر التحريم فى هذه الصوره. (زين الدين).
۲- فيه تأمّل، والاحتياط لا يُترك. (الروحانى).
۳- إلى فرجها. (الفانى).
۴- أو كانت ملموسةً لإثاره الشهوه، كما مرّ فى المسأله (۳۶). (اللنكرانى).
۵- فى النظر، لاـ اللَمس. (البروجردى). * فى النظر، لاـ فى اللَمس؛ لأنّه ورد التحريم(الوسائل: الباب (۳) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح۱.) فى التقبيل بشهوه، وهو من مصاديقلَمس الوجه. (البجنوردى). * لا يُترك الاحتياط سيّما فى اللَمس. (عبدالله الشيرازى). * فى إطلاق الحكم فى لَمسِ الوجه بمثل التقبيل والشَمّ ونحوهما من أنواعالاستمتاع منع، فالأقوى فى مثل ذلك نشر الحرمه. (زين الدين). * ما لم يكن تقبيل. (حسن القمّى). * فى النظر ـ كما تقدّم ـ دون اللَمس. (الروحانى). * فى خصوص النظر، وأمّا اللَمس فلا يُترك الاحتياط فيه. (اللنكرانى).

هو أحوط(۱) .

الجمع بين الاُختين فى النكاح وفى الملك

(مسأله ۳۹) : لا يجوز الجمع بين الاُختَين فى النكاح دواماً أو متعه، سواء كانتا نسبيّتَين أو رضاعيّتَين(۲) . . . .

.

ص:۳۲۶

۱- سيّما فى اللَمس. (صدرالدين الصدر). * لا- يُترك فى خصوص اللَمس. (عبدالهادى الشيرازى). * بالنسبه إلى اللَمس. (الفانى). * لا- يُترك فى اللَمس بشهوه. (الخمينى). * لا يُترك فى اللَمس. (محمّد رضا الگلپايگانى، السبزوارى). * لا يُترك الاحتياط فى اللَمس. (الخوئى). * لا يُترك فى خصوصه اللَمس. (محمّد الشيرازى).

۲- وفى بعض النسخ زياده (أو مختلِفَتَين)(وهذه العباره موجوده فى النسخ الّتى بأيدينا، ولكن لا يُستبعد ما استظهره السيّد البروجردى قدّس سرّه ومَن بعده بإرجاع اختلاف الانتساب إمّا للأبّ أو للاُمّ، وهو الملاك فى كونهما اُختَين، فراجعتعليقته فى نهايه هذه الصفحه بعد التعليقه رقم (۲). (لجنه التحقيق).)، والظاهر أنّه غلط من النسّاخ؛ لأنّالاُختيّه من النسب المتكرّره المتشابهه الأطراف، فلا- يعقل أن تكونا مختلِفَتَين، ومنذلك تعرف ما فى بعض المحامل الّذى ذكروه. (البجنوردى). * فى بعض الكتب الغير المصحّحه كُتِبَت بعد الرضاعيتين كلمه (أو مختلِفَتَين)، لكنفى النسخه الّتى عندى لم تكن تلك الكلمه، وهى مصحّحه فى عصر المصنّف قدّس سرّه .(محمّد رضا الگلپايگانى). * وفى بعض النسخ (أو مختلِفَتَين)، والأولى تركه. (اللنكرانى).

أو مختلِفَتَين(۱) .

۱- بأن نشأت الاُختيّه بينهما بارتضاع كلتيهما من امرأهٍ واحدهٍ أو إحداهما.(صدرالدين الصدر). * تصوّر المختلِفَتَين فى الاُختَين مشكل، بل غير ممكن، وقد راجعناه قدّس سرّه فألغاه فيالطبعه الثانيه، أمّا فى الثلاثه وما زاد فواضح. (كاشف الغطاء). * أى مختلِفَى الانتساب إلى أبيهما أو اُمّهما، الّذى هو الملاك لكونهما اُختين.(البروجردى). * المقصود اختلاف الانتساب من جهه الولاده والرضاع، بأن كانت إحداهما بنتاًنسبيّهً لمرأهٍ، والاُخرى بنتاً رضاعيّه لها، فتتحقّق(فى ألفاظ بعض العبائر تحوير لفظىّ إملائىّ، وقد أجرينا التعديل كما ترى، فلاحظ.) الاُختيّه بينهما. (عبدالله الشيرازى). * كرضيعه من لبن فحلٍ مع بنته النسبيّه الّتى لم ترتضع من لبنه، فهما اُختان مختلفتاالانتساب، لم تحصل اُختيتهما بالرضاعه ولا بالنسب، بل بهما على الاختلاف.(الخمينى). * بأن تكون إحداهما ارتضعت من لبن فحلٍ هو أب نسبىّ للاُخرى، هذا أظهرالوجوه فى تصوير الفرض، وفيه: أنّ فى صدق الاُختيّه إشكالاً، بل لا اُختيّه فيالبَين حتّى تكون مختلفه؛ إذ ليس كلّ مرتضعهٍ اُختاً لأولاد صاحب اللَبن فى صوره عدم اشتراكهم معها فى إحدى الجهتَين. (المرعشى). * يريد بذلك ما إذا كانت الاُختيّه بين المرأتَين ناشئهً من ولاده إحداهما وارتضاعالاُخرى. (الخوئى). * أى دواماً وانقطاعاً، أو من حيث النسب والرضاع، أو من حيث الاختلاف فيالأب أو الاُمّ ، أو من حيث العقد والمِلك. (السبزوارى). * توجد هذه الكلمه فى بعض نسخ الأصل، وقد يُتكلّف لتصحيحها بأنّ المراد أنتنتسب إحداهما إلى الاُمّ أو الأب بالولاده، وتنتسب الاُخرى إليه بالرضاع.(زين الدين). * هذه الكلمه إن لم تكن غلطاً يراد بها: ما إذا كانت الاُختيّه بينهما ناشئهً من ولادهإحداهما وارتضاع الاُخرى. (الروحانى).

وكذا لا يجوز(۱) الجمع بينهما فى المِلك مع وطئهما(۲) .

وأمّا الجمع بينهما فى مجرّد المِلك من غير وطءٍ فلا مانع منه.

وهل يجوز الجمع بينهما فى المِلك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالاُخرى بما دون الوطء؟

فيه نظر، مقتضى بعض النصوص(۳) الجواز. وهو الأقوى(۴) ،

ص:۳۲۸

۱- ما لا يجوز هو وطوهما بالملك، لا جمعهما فيه مع وطئهما. (الخمينى).

۲- المقتضى لعدم الجواز هو الوطء فى المِلك، لا الجمع، والوطء بالاشتراک فى العلّيه. (المرعشى).

۳- النصّ(الوسائل: الباب (۲۹) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح۱۱.) الوارد فى المقام ضعيف جدّاً. (الخوئى).

۴- فى القوّه إشكال، بل منع. (الخوئى). * يشكل ذلک، فلا يُترک الاحتياط. (زين الدين).

لکن الأحوط(۱) العدم(۲) .

التزويج بإحدى الاُختين وملک الاُخرى

(مسأله ۴۰) : لو تزوّج بإحدى الاُختَين وتملّک الاُخرى(۳) لا يجوز له وطء المملوکه(۴) إلّا بعد طلاق المزوّجه، وخروجها عن العِدّه إن کانت رجعيّه. فلو وطئها قبل ذلک فعل حراماً، لکن لا تحرم عليه الزوجه بذلک، ولا يُحَدّ حدّ الزنا بوطء المملوکه، بل يُعزَّر، فتکون حرمهُ وطئها کحرمه وطء الحائض.

وطء إحدى الاُختين بالملک والتزوّج بالاُخرى

(مسأله ۴۱) : لو وطئ إحدى الاُختَين بالمِلک ثمّ تزوّج الاُخرى فالأظهر(۵) . . . .

ص:۳۲۹

۱- لا يُترک. (المرعشى).

۲- لا يُترک. (الکوه کَمَرى، الروحانى).

۳- بعد التزويج باُختها. (الفيروزآبادى).

۴- على احتياطٍ شديد. (حسن القمّى).

۵- لا دليل عليه، والنهى عن الجمع لا يقتضى البطلان، بل بمقتضى الأخبار(الوسائل: الباب (۲۹) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، أحاديث الباب.)الممنوع الجمع فى الوطء، ويمکن الاجتناب عنه بترک الاُولى، والاعتزال عنها أوبيعها أو هبتها ولو لابنه وولده. (الفيروزآبادى). * ولو للأصل بعد حرمه الجمع بينهما. (آقا ضياء). * فيه تأمّل. (عبدالله الشيرازى). * محلّ تأمّل. (الخمينى). * الأظهريّه ممنوعه، وعلى تقدير الصحّه فالحکم بحرمه وطءِ الاُولى إلّا بعدإطلاق الثانيه ممنوع أيضاً. (اللنکرانى).

بطلان(۱) التزويج(۲) ، وقد يقال(۳) بصحّته(۴) وحرمه وطء(۵) الاُولى(۶) ، إلّا

۱- البطلان ليس بواضح. (البروجردی).

۲- الظاهر صحّته، وحرمه وطء الثانيه مادامت الاُولى فی ملكه لسَبق وطئها. (الفانی). * بل الأحوط. (الشريعتمداری، السبزواری). * فيه إشكال(هذه التعليقه منه قدّس سرّه أوردناها من نسخهٍ اُخرى.). (الخوئی). * فيه تأمّل، نعم، يجوز له الاستمتاع بالاُولى، ويحرم بالثانيه، ولا يُترك الاحتياطبطلاقها. (زين الدين). * فی كونه أظهر نظر. (محمّد الشيرازی). * فيه نظر. (حسن القمّی).

۳- لوجوهٍ ضعيفهٍ لا تصلح لرفع اليد بها عن الأصل المتيقّن. (آقاضياء). * كما لا يبعد. (صدرالدين الصدر).

۴- الأظهر صحّته وحرمه وطء الثانيه ما دامت الاُولى فی ملكه. (عبدالهادی الشيرازی). * وهی الأظهر. (الروحانی).

۵- مستندها غير واضح، بل مقتضى الاستصحاب حلّيه وطء الاُولى، وحرمه وطءالثانيه، ولو على فرض صحّه النكاح بعد العلم بحرمه الجمع فی الوطء، وعدم معيّنلإحداهما. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- فيه إشكال، والأقوى الجواز، والنصوص المتمسَّک بها لإثبات عدم الجواز كروايهزراره(الوسائل: الباب (۲۶) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح۱.) مجاب عنها فی محلّه، نعم، هو أحوط. (المرعشی).

بعد(۱) طلاق الثانیه.

بطلان عقد الثانیه بعد التزوج بالاُولی

(مسأله ۴۲) : لو تزوّج بإحدی الاُختَین ثمّ تزوّج بالاُخری بطل عقد الثانیه، سواء کان بعد وطء الاُولی أو قبله، ولا یحرم بذلک وطء الاُولی وإن کان قد دخل بالثانیه، نعم، لو دخل بها مع الجهل بأنّها اُخت الاُولی یکره(۲) له وطء الاُولی قبل خروج الثانیه عن العِدّه(۳) ، بل قیل(۴) : یحرم، للنصّ(۵) الصحیح، وهو الأحوط(۶) .

۱- أو إلّا بعد إخراج الاُولی من المِلک. (صدرالدین الصدر).

۲- بل یحرم. (تقی القمّی).

۳- إن کانت رجعیّه. (المرعشی).

۴- والقائل الشیخ قدّس سرّه (النهایه ونُکتها للطوسی: ۴۵۴.)، ولکن حَمَله جماعه(راجع إیضاح الفوائد: ۳/۸۱، جامع المقاصد: ۳/۳۳۸، الحدائق الناضره: ۲۳/۵۳۷.) علی الکراهه؛ لضعف سندها،والمسأله لمخالفه الشیخ والنصوص لا تخلو من إشکال، لا یُترک الاحتیاط فیه.(آقاضیاء).

۵- [۵] الوسائل: الباب (۲۶) من أبواب ما یحرم بالمصاهره، ح ۱ و ۲.

۶- لا یُترک الاحتیاط. (الحائری). * لا یُترک. (صدرالدین الصدر، الإصطهباناتی، البروجردی، عبدالله الشیرازی،الشریعتمداری، الفانی، الخمینی، محمّد رضا الگلپایگانی، السبزواری، حسن القمّی،الروحانی، اللنکرانی). * لا ینبغی ترک هذا الاحتیاط. (البجنوردی). * لا ینبغی ترکه. (المرعشی). * لا یُترک، بل هو الأظهر. (الخوئی). * لا یُترک هذا الاحتیاط. (زین الدین).

حکم ما لو تزوّج بالاُختین واشتبه السابق واللاحق

(مسأله ۴۳) : لو تزوّج بالاُختَین ولم یعلم السابق واللاحق: فإن عَلِم(۱) تاریخ أحد العقدَین حکم بصحّته(۲) دون المجهول، وإن جهل تاریخهما(۳) حرم علیه وطوهما، وکذا وطء إحداهما إلّا بعد طلاقهما(۴) ، أو طلاق الزوجه الواقعیّه منهما(۵) ، ثمّ تزویج(۶) مَن شاء منهما بعقدٍ جدیدٍ بعد خروج الاُخری

۱- لا ـ فرق بین معلوم التاریخ ومجهوله؛ فإنّ الاستصحاب یجری فی کلیهما، کماحُقِّق فی محلِّه، فعلی تقدیر القول بتعارض الأصلَین وتنجّز العلم الإجمالیّ بالجملهیلزم الاحتیاط فی کِلا الطرفین، نعم، علی ما سلکناه من جریان الأصل فی بعضالأطراف یکون العلم الإجمالیّ منجّزاً فی الجمله، وعلی فرض الدخول بهما یثبتلإحداهما مهر المسمّی، وللاُخری مهر المثل، فعلی فرض الاحتیاط لابدّ منملاحظه هذه أیضاً. (تقی القمّی).

۲- فیه إشکال، بل منع؛ وذلک لِما بنینا علیه من معارضه الاستصحابَین فی أمثالالمقام. (الخوئی). * فیه منع. (حسن القمّی). * حکم العلم بتاریخ أحدهما حکم الجهل بتاریخهما. (الروحانی).

۳- مع العلم بعدم الاقتران، وعدمه. (الفیروزآبادی).

۴- أی طلاق کلٍّ منهما، أو الرجوع إلی الاقتراع، کما ذهب إلیه جمع. (المرعشی).

۵- علی إشکال فیه. (الإصطهباناتی).

۶- علی إشکال فی ذلک. (الإصفهانی).

عن العِدّه(۱) إن كان دخل بها أو بهما.

وهل يُجبَر(۲) على هذا الطلاق(۳) دفعاً لضرر الصبر(۴) عليهما؟

لا يبعد ذلك(۵) ؛ . . . .

ص:۳۳۳

۱- إن كانت رجعيّةً. (المرعشی).

۲- أو یفسخ الحاکم بلا إجبار. (المرعشی).

۳- ، نعم، یُجبَر علیه؛ فإن لم یطلِّق طلّقهما الحاکم الشرعیّ قهراً علیه، وله أن یتزوّجبمن یشاء منهما. (کاشف الغطاء).

۴- وتخلّصاً من الحقوق الواجبه علیه فی حقّ الزوجه الواقعیّه، منهما المعلومهبالإجمال. (المرعشی). * بل فِراراً عن ترک الواجب المبتَلَی به؛ حیث یعلم إجمالاً ـ بوجوب الاضطجاععلیه فی کلّ أربعه لیالٍ، ووجوب الوطء فی کلّ أربعه أشهر، ولا یتمکّن من أداءالواجب، ولا التخلّص منه إلّا بالطلاق. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- فیه تأمّل، ولا یبعد التعیین بالقرعه. (عبدالهادی الشیرازی، عبدالله الشیرازی). * فیه بُعد. (الکوه کَمَری). * مع مطالبتهما، وعدم صبرهما. (صدرالدین الصدر). * الأقرب هو الرجوع إلی القرعه فی تعیین السابق منهما، فتسقطالاحتمالات اللاحقه، وکذا الحال فی الرجوع إلی القرعه فی نظائر المقام إلّابعض الموارد النادره ممّا خرج عنها بالنصّ؛ فحینئذٍ تستعمل بالنسبه إلی المهرلو طلّقها. وما هو المعروف بین المتأخّرین من الإشکال فی أدلّه القرعه قدفرغنا عن جوابه فی محلّه، وأنّه ممّا لا أساس له، وأمّا الآیه الشریفهالّتی تمسّک بها فی المتن فهی غیر مربوطهٍ بالمسأله، وإن تمسّک بهاالعلّامه(قواعد الأحکام: ۳/۳۵، وراجع إیضاح الفوائد: ۳/۸۳.) أیضاً. (الخمینی). * لا ـ دلیل علیه، والآیه الکریمه علی ما فسّرت راجعه إلی النفقه، فإذن ینتهی الأمرإلی القرعه. (الخوئی). * بل لا یخلو من قوّه مع مطالبتهما وعدم صبرهما. (زین الدین).

لقوله تعالی(۱) : (فَإمْساکٌ(۲) بِمَعروفٍ(۳) أوْ تَسرِیحٌ بِإحسانٍ)(۴).

وربّما یقال بعدم وجوب الطلاق علیه، وعدم إجباره(۵) ، وأنّه یعیّن

بالقرعه(۶) .

۱- لم یظهر لی وجه الاستدلال بالآیه الشریفه، وإن کان المدّعی لا یخلو من وجه.(البروجردی). * الاستدلال بالآیه الشریفه علی وجوب الطلاق فی المقام غیر ظاهر،وکذا الاستدلال له بالعلم الإجمالیّ بوجوب الاضطجاع والوطء، فإنّهلا یقتضی وجوب الطلاق إذا کان هناک طریق للتشخیص، ولو کانت هی القرعه؛بناءً علی شمول دلیلها لمثل المقام، وعدم الافتقار إلی عمل الأصحاب،کما حقّقناه فی محلّه. (اللنکرانی).

۲- فإنّه تعالی حصر فی هذین، وبدون الطلاق لیس أحد هذین. (البجنوردی).

۳- لأنّ الإمساک لا عن وطءٍ لیس بمعروف. (الفانی).

۴- [۴] البقره: ۲۲۹.

۵- إعمال القرعه والتعیین بها لیس ببعیدٍ کلّ البعد؛ لأنّ المفروض أنّ له واقعاً معیّناً،ولکنّه مجهول. (البجنوردی).

۶- وهو الأظهر. (الفیروزآبادی). * ولیس ببعید، وتکفی تلک القرعه عن القرعه فی تعیین المهر لو قیل بها فیه.(المرعشی). * وهو غیر بعید، ومعه لا تصل النوبه إلی فسخ الحاکم. (محمّد الشیرازی).

وقد يقال: إنّ الحاكم يفسخ نكاحهما.

ثمّ مقتضى العلم الإجماليّ بكون إحداهما زوجةً وجوبُ الإنفاق عليهما(۱) ما لم يطلّق(۲) ، ومع الطلاق قبل الدخول(۳) نصف المهر(۴) لكلٍّ منهما(۵) ، وإن كان بعد الدخول فتمامه(۶) . لكن ذكر بعضهم(۷)(۸) : أنّه لا

ص:۳۳۵

۱- ويحتمل الرجوع إلى القرعه؛ دفعاً لضرر الزوج بإنفاقه على مَن ليس بزوجتهواقعاً. (المرعشى). * لا يبعد القول بتنصيف النفقه الواحده الواجبه بينهما أيضاً. (الروحانى).

۲- أو يعيّن بالقرعه، كما مرّ. (اللنكرانى).

۳- يجب نصف المهر، ويدفع لمن تُعيّنها القرعه منهما، فيدفع لها نصف مهرها المسمّى،وأمّا مع الدخول بهما فلابدّ من دفع المهرَين؟ فإنّ الدخول موجب للمهر ولو فى غيرالزوجه إذا كانت شبهه، وأمّا النفقه فتُعطى لمن تُعيّنها القرعه منهما. (زين الدين).

۴- ولكن يحرم على كلٍّ منهما التصرّف فيه، فطريق الاحتياط إنّما هو بتمليكه إيّاهعلى تقدير عدم الاستحقاق. (آقاضياء).

۵- لكلٍّ منهما نصف مهرها، سواء تساوى المَهران كمّاً وكيفاً، أم لا. (المرعشى).

۶- لكلٍّ بقدر تمام مهرها كذلك. (المرعشى).

۷- قواعد الأحكام: ۳/۳۴، جامع المقاصد: ۱۲/۳۴۵.

۸- والظاهر ما ذكره ذلك البعض فى صوره عدم الدخول، وفى فرض الدخول لابدّمن المَهرَين فإنّ الدخول موجب للمهر ولو فى غير الزوجه إذا كان شبهه، فكذلك النفقه، فتعطى واحده وتجعل بينهما. (الشريعتمدارى). * والظاهر أنّه مع عدم الدخول يُنَصّف نصف المهر بينهما، وكذا النفقه، ومع الدخولبإحداهما واشتباهها ينصّف كلّ المهر بينهما، ومع الدخول بكلتيهما ينصّف المهرالمسمّى مع مهر المثل بينهما، والأحوط مع ذلك التصالح. (محمّد الشيرازى). * الظاهر ما ذكره ذلك البعض فى فرض عدم الدخول، لكن إذا كان المَهران متّفقَينقدراً وجنساً ووصفاً يقسّط نصف المهر عليهما، ومع اختلافهما تُعطى كلّ واحدهٍمنهما ربع ما سُمِّى لها، هذا مع قطع النظر عن الرجوع إلى القرعه، وأمّا معها ـ كماعرفت ـ فلابدّ من التعيين بها وإعطاء نصف مهرها إيّاها. وأمّا فى فرض الدخولفاللازم كِلاـ المَهرَين مطلقاً؛ بناءً على ثبوت المهر المسمّى فى الوطء بالشبهه فيالنكاح الفاسد. (اللنكرانى).

یجب(۱) علیه(۲) إلّا نصف المهر(۳) لهما، فلکلٍّ منهما الرُبُع(۴) فی صوره عدم

۱- هـذا لاـ یخلـو من وجه، لکن بمعنی أن تُعطی کـلّ واحـدهٍ منهمـا نصف مـا سُـِمِّی لهـامن المَهر أو ربعه، لاـ أن یقسّم نصـف مجموع المَهرَین أو ربعه بینهما، بل لا یبعدالقول بتنصیف النفقه الواحده الواجبه بینهما أیضاً. (البروجردی).

۲- هذا وجیه. (الروحانی).

۳- أی نصف مهر کـلّ واحـده، وهو یوازی نصف مجموع المَهرَین فی صوره تساویهماکمّـِاً وکیفـاً، بخلاـف صوره الاختلاـف، ومنه یستظهر حکم النفقه وتقسیمهاأیضاً. (المرعشی). * والظاهر ما ذکره ذلک البعض، وکذلک فی النفقه فتُقَسَّم النفقه الواحده بینهما.(الشریعتمداری).

۴- لا یبعد ملاحظه التوزیع بالنسبه إلی مقدار المهر، وکذا النفقه لو کان اختلافبینهما فیها. (السبزواری).

الـدخول، وتمام أحد المَهرَين(١) لهمـا فی صوره الـدخول(٢) ، والمسأله محلّ إشـكال(٣) ، كنظائرهـا من العلم الإجمـاليّ فی الماليّات.

حكم اقتران عقد الاُختين

(مسأله ۴۴) : لو اقترن عقـد الاُختَين بأن تزوّجهما بصيغهٍ واحده، أو عقد على إحداهما(۴) ووكيله على الاُـخرى فی زمانٍ واحد بَطَلَا معاً.

وربّما يقال بكونه مخيّراً(۵) فی اختيار . . . . . .

ص:٣٣٧

١- المُسـمَّيَين مع تمام مهر المثل لإحداهما مع الدخول بهما. (الفيروزآبادی). * لا يكفی مهر واحد فی صوره الدخول بهما؛ فإنّ الدخول موجب لتمام المهر ولوكان شبهه. (الشريعتمداری). * إن لم تنقص حصّه كلٍّ منهما عن مهر مثلها. (الفانی).

٢- إذا فرض الـدخول فيهمـا معاً وجب عليه تمام المهر لكلٍّ منهما، غايه الأمر أنّ أحـدالمَهرَين مهر المثل، والآخر مهر المُسـمّی، وتعيين ذلك إنّما هو بالقرعه، وكذا الحالفی فرض عدم الدخول فإنّ نصف المهر يتعيّن بالقرعه. (الخوئی).

٣- لو مكّن كـلّ واحـدهٍ منهـا من نفقهٍ واحـدهٍ أو نصف المهر مع عـدم الـدخولأو تمـامه مع الـدخول قـام بما يجب عليه، ويبقی الكلام فی حكم كلّ واحدهٍ منهامع الاُخری. (صدرالدين الصدر).

۴- ولاحتمال صحّه عقد نفسه وجه غير بعيد. (المرعشی).

۵- لا تبعد صـحّه هذا القول؛ فإنّ الروايه صـحيحه، وظاهره الدلاله، وقد عمل بهاجماعه(النهايه ونُكتها للطوسی: ٢/٢٩۶، مختلف الشيعه: ٧/۴٩، إيضاح الفوائد: ٣/٨۵.) من الأصـحاب، فلا وجه لحملها على خلاف ظاهرها. هذا فی الصورهالاُولی. وأمّا الصوره الثانيه فلا تبعد صحّه عقد نفسه فيها، وبما ذكرنا يظهر ما فيالحكم ببطلانهما فی فرض الشكّ فی السَبق والاقتران؛ وعليه فإن كان محتمل السـبق عقد إحداهما معيّنهً فيوخذ به، وإن كانت غير معيّنه فالمرجع هو القرعهلتعيين السَـبق والاقتران. (الخوئی). * صحّه هـذا القول غير بعيـده؛ إذ الروايه صـحيحه عمل بها جمع من الأعيان،ودلالتها ظاهره. (محمّد الشـيرازی). * هذا هو الصـحيح فی الصوره الاُولی، ولا وجه لحمل الروايه الصـحيحه الظاهرهالدلاله على خلاف ظاهرها، أمّا فی الصوره الثانيه محلّ إشكال. (حسن القمّی). * هـذا القول هو الأظهر، لكن بشـرط كون العقـد الواقع عليهما واحداً، كما نصّ به فيالخبر، وأمّا لو عقد هو على واحدهٍ والوكيل على الاُخری يكون كِلا العقدَينفاسِدَين. (تقی القمّی).

أيّهما شاء(١) ؛ لروايهٍ(٢) محمولهٍ(٣) على التخيير(۴) بعقدٍ

١- وهو الأظهر، ولا موجب لحمل الصحيحه على ما أفاد. (زين الدين).

٢- الوسائل: الباب (٢۵) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ،ح٢.

٣- بعد الغضّ عن المناقشه بالإرسال فلاحتمال قبولها والعمل بها وجه وجيه.(المرعشى). * ولا ينبغى ترك الاحتياط بالعمل بمقتضى الروايه، بأن يختار إحداهما ثمّ يطلّقها،أو يُمسِكها بعقدٍ جديد. (اللنكرانى).

۴- لاـ مانع من العمل بظاهرها، وتُحمَل على صحّه عقد كلٍّ منهما مراعاةً بفراقالاُخرى. (كاشف الغطاء). * هذا الحمل خلاف ظاهر النصّ الصحيح المعمول به عند جماعه، فالأظهر هيالصحّه، والتخيير فى اختيار أيّتهما شاء، وبه يظهر ما فى الحكم ببطلانهما فى فرضالشكّ فى السَبق والاقتران. (الروحانى).

جدید(۱) . ولو تزوّجهما وشکّ فی السَبق(۲) والاقتران حکم(۳) ببطلانهما(۴) أیضاً(۵) .

حکم وطء إحدی الاُختین المملوکتین

(مسأله ۴۵) : لو کان عنده اُختان(۶) مملوکتان فوطِئ إحداهما

حرمت علیه الاُخری حتّی تموت الاُولی، أو یخرجها عن مِلکه ببیعٍ أو صلحٍ أو هبهٍ أو نحوهما، ولو بأن یَهَبَهُما من ولده. والظاهر کفایه(۷)

۱- ومع ذلک الأحوط له اختیار إحداهما، ثمّ الطلاق إذا أراد التسریح، والعقد الجدیدإذا أراد الإمساک. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- فی إطلاقه تأمّل؛ لأنّه بعد تعارض أصالَتی الصحّه یرجع إلی الاستصحابویجری فیه التفصیل فی السَبق واللحوق. (آقاضیاء). * مع کونهما مجهولَی التاریخ. (المرعشی). * مع الجهل بتاریخهما. (الخمینی).

۳- الأحوط فی هذه الصوره أن یطلِّقهما، ثمّ یجدّد العقد علی مَن یختارها منهما.(زین الدین).

۴- إن لم یکن تاریخ أحدهما معلوماً، وإلّا فیحکم بصحّه معلوم التاریخ. (عبدالهادی الشیرازی). * واحتمال صحّه أحد العقدَین واقعاً، واستخراجه بالقرعه بعید جدّاً؛ لمکاناحتمال التقارن. (المرعشی). * یعنی لا یمکن الحکم بصحّتهما، أو بصحّه واحدهٍ معیّنهٍ منهما. (حسن القمّی).

۵- علی الأحوط، وإن کان قد یحتمل القرعه. (محمّد الشیرازی).

۶- عدم الابتلاء بهذه المسأله ومثلها ممّا یتعلّق بالإماء والعبید من المسائل الآتیهاقتضی رفع الید عن الورود فیها والتعرّض لأحکامها. (اللنکرانی).

۷- محلّ تأمّل. (الإصطهباناتی). * مشکل. (البروجردی).

التملیک(۱) الّذی له فیه الخیار، وإن کان الأحوط اعتبار لزومه.

ولا یکفی ــ علی الأقوی(۲) ــ ما یمنع من المقاربه مع بقاء الملکیّه، کالتزویج للغیر، والرهن، والکتابه، ونذر عدم المقاربه ونحوها.

ولو وطئها من غیر إخراجٍ للاُولی لم یکن زنا(۳) فلا یُحَدّ، ویُلحَق به الولد، نعم، یُعزَّر.

وطء الثانیه بعد وطء الاُولی

(مسأله ۴۶) : إذا وَطِئ الثانیه بعد وطء الاُولی حَرُمَتا(۴) علیه مع علمه بالموضوع والحکم، وحینئذٍ فإن أخرج الاُولی عن مِلکه حلّت الثانیه مطلقاً وإن کان ذلک بقصد الرجوع إلیها، وإن أخرج الثانیه عن مِلکه یشترط(۵) فی

۱- مشکل. (الفانی).

۲- لنصّ ابن سنان المعلّق فیه الجواز بالخروج عن الملکیّه(الوسائل: الباب (۲۹) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ،ح۱.). (آقاضیاء).

۳- المسأله محلّ إشکال؛ لأنّ الجَمع بین الاُختَین المملوکتَین بالوطء إذا کان حراماًفیکون وطء اُخت المملوکه الموطوءه نظیر وطء اُمّها، ولا أظنّ أحداً أن لا یحکمبأنّه زنا، ولکن مع ذلک الحدود تُدرَأ بالشُّبُهات. (محمّد رضا الگلپایگانی). * یشکل الحکم بأنّ وطأها لا یکون زناً، وبأنّ الولد یلحق به، نعم، لا یحدّ حدّالزنا، بل یُعزَّر، کما تقدّم فی المسأله الأربعین؛ فإنّ الحدود تُدرَأ بالشبهات. (زین الدین).

۴- لعموم حرمه الجمع بین الاُختین المخصوص فی الاماء بوطئها، وعدم الجمعیقتضی تحریم الثانیه بعد وطء الاُولی، ومع وطئهما ینطبق وطء کلّ واحدهٍ مع وطءالاُخری، ولا کذلک فی العقد؛ فإنّ العقد علی الثانیه لا یکون صحیحاً، نعم، لو عقدامرّهً واحدهً بطل العقدان؛ لبطلان الترجیح بلا مرجّح. (آقاضیاء).

۵- لِما فی خبر أبی الصلاح الکنانی(المصدر السابق: ح۹.) من الإشاره إلی هذا التقیید. (المرعشی).

حِلّیه الاُولی أن یکون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلی الاُولی، وإلّا لم تَحُلَّ.

وأمّـا فی صوره الجهـل بالحرمه موضوعاً أو حکماً فلا یبعـد بقاء الاُولی علی حِلّیتها، والثانیه علی حرمتها(۱) ، وإن کان الأحوط عدم حِلّیه الاُولی إلّا بإخراج الثانیه ولو کان بقصد الرجوع إلی الاُولی، وأحوط من ذلک کونها کصوره العلم.

حکم الجمع بین الاُختین من الزنا

(مسأله ۴۷) : لو کـانت الاُختـان کِلتاهمـا أو إحـداهما من الزنا فالأحوط(۲) لحوق الحکم، من حرمه الجمع بینهمـا فی النکـاح والوطء إذا کانتا مملوکتین.

حکم التزوّج بإحدی الاُختین فی عدّه اُختها

(مسأله ۴۸) : إذا تزوّج بإحـدی الاُختَین ثمّ طلّقها طلاقاً رجعیّاً لا یجوز له نکاح الاُخری إلّا بعد خروج الاُولی عن العِدّه، وأمّا إذا کان بائناً ــ بأن کان قبل الـدخول، أو ثالثاً، أو کان الفراق بالفسخ لأحد العیوب، أو بالخُلع، أو المباراه ــ جاز له نکاح الاُخری. والظاهر عدم صحّه(۳) رجوع الزوجه فی البذل بعد تزویج اُختها، کما سیأتی فی باب الخُلع إن شاء الله.

نعم، لو کان عنده إحدی الاُختَین بعقد الانقطاع وانقضت المدّه لا یجوز

۱- لصحیحه الحلبی(الوسائل: الباب (۲۹) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ،ح۵.). (المرعشی).

۲- لا یُترک. (المرعشی). * بل الأقوی. (تقی القمّی).

۳- لأنّه علی تقـدیر رجوعهـا لا إمکان لرجوع الزوج إلی الزوجه، الّذی هو أحدالعوضـین. (المرعشـی). * بل الأحوط. (محمّد الشیرازی) .

له على الأحوط(۱) نكاح أُختها فى عدّتها وإن كانت بائنه؛ للنصّ(۲) الصحيح(۳) . والظاهر(۴) أنّه كذلك إذا وهب مدّتها، وإن كان مورد النصّ انقضاء المدّه.

حكم التزوّج بإحدى الاُختين مع الزنا بالاُخرى أو وطئها شبهه

(مسأله ۴۹) : إذا زنى بإحدى الاُختَين جاز له نكاح الاُخرى فى مدّه استبراء الاُولى. وكذا إذا وطئها شبههً جاز له نكاح اُختها فى عدّتها؛ لأنّها بائنه(۵) .

نعم، الأحوط(۶) اعتبار الخروج(۷) عن العِدّه(۸) ، خصوصاً(۹) فى صوره

۱- والأقوى الجواز، كما هو المشهور، والنصّ معارض بأقوى منه، فهو محمول علىنوع كراهه. (الفيروزآبادى). * ولكنّه خلاف المشهور. (الكوه كَمَرى).

۲- الوسائل: الباب (۴۸) من أبواب العدد، ح۲.

۳- ولكنّ الشأن فى الركون إليه، مع شذوذ نقله، وقلّه العمل به. (المرعشى). * الساقط عن الحجّيّه بإعراض المشهور عنه. (الروحانى).

۴- فى الظهور إشكال، بل منع. (تقى القمّى).

۵- ولكنّ الأحوط ترك الوطء حتّى تنقضى عدّه الموطوءه بشبهه. (الحائرى).

۶- وإن كان الأقوى الجواز مع الكراهه. (صدرالدين الصدر).

۷- لا يُترك. (محمّد الشيرازى). * بناءً على احتمال التعدّى عن مورد الخبر، إنّما يحسن الاحتياط بترك وطءالاُخت فى مدّه عدّه وطء الشبهه، لا ترك التزويج. (حسن القمّى).

۸- الأقوى الجواز على كراهه. (زين الدين).

۹- لم يظهر وجه للخصوصيّه. (الخوئى).

کون الشبهه من طَرَفه، والزنا من طرفها، من جهه الخبر(۱) الوارد(۲) فی تدلیس الاُخت الّتی نامت فی فراش اُختها بعد لبسها لباسها.

حکم الجمع بین فاطمیّتین

(مسأله ۵۰) : الأقوی جواز الجمع(۳) بین فاطمیَّتین علی

۱- وإن کان منطوقه النهی عن وطء الزوجه بعد وطء اُختها لشبههٍ حتّی تنقضیعدّتها، لکنّ الظاهر عدم الفرق بینه وبین نکاح اُخت الموطوءه، کما أنّه لا فرق بینکون الموطوءه زانیهً أو مشتبهه. (البروجردی). * هو صحیحه برید العجلی(الوسائل: الباب (۹) من أبواب العیوب والتدلیس ،ح۱.) وهی غیر مربوطهٍ بالمقام، بل یمکن دعوی إشعارهابخلاف ما ذکره، نعم، الأحوط ترک وطء الاُخت الّتی هی زوجته مع وطء اُختهاالمدلّسه؛ للصحیحه. (الخمینی). * ولکنّ جعله مستنداً فی قبال عموم الحِلّ مشکل، خصوصاً مع التعدّی عن مورده،اللهمّ إلّا أن یُدّعی تنقیح المناط. (المرعشی). * الخبر صحیح، ومثله صحیح زراره بن أعین(الوسائل: الباب (۲۶) من أبواب ما یحرم بالمصاهره ،ح۱.) فی الدلاله علی هذاالحکم، وإنکان مورده غیر صوره التدلیس. (الخوئی). * مفادّ الخبر لا یرتبط بالمقام. (تقی القمّی).
۲- ومورده وإن کان وطء الزوجه قبل خروج اُختها الموطوءَهِ شبههً من عدّتها إلّا أنّالظاهر عدم الفرق بینه وبین نکاح اُخت الموطوءه. (الروحانی). * لکنّ الخبر یدلّ علی النهی عن قرب الزوجه قبل خروج اُختها الموطوءه شبههًعن عدّتها، وهو غیر ما نحن فیه، إلّا أن یُستفاد منه حکم المقام؛ لعدم الفرق، لکنّهمحلّ تأمّل. (اللنکرانی).
۳- لا ینبغی ترکه. (المرعشی).

كراهه(۱) . وذهب جماعه(۲) من الأخباريّه(۳) إلى الحرمه والبطلان بالنسبه إلى الثانيه، ومنهم(۴) من قال بالحرمه دون البطلان. فالأحوط الترک. ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانيه، أو طلاق الاُولى، وتجديد العقد على الثانيه بعد خروج الاُولى عن العِدّه، وإن كان الأظهر على القول بالحرمه عدم البطلان؛ لأنّها تكليفيّه فلا تدلّ على الفساد.

ثمّ الظاهر عدم الفرق فى الحرمه أو الكراهه بين كون الجامع بينهما فاطميّاً، أوْ لا(۵) .

كما أنّ الظاهر(۶) اختصاص الكراهه أو الحرمه بمَن كانت فاطميّهً من طرف الأبوَين أو الأب، فلا تجرى فى المنتَسَب إليها ــ صلوات الله عليها ــ من طرف الاُمّ(۷) ، خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجَدّات العاليات.

وكيف كان فالأقوى عدم الحرمه وإن كان النصّ(۸) الوارد فى المنع

ص:۳۴۴

۱- لا وجه للكراهه، وقاعده التسامح لا تشمل مواردها. (تقى القمّى).

۲- [۲] الحدائق الناضره: ۲۳/۱۰۸ ــ ۱۰۹ وص۵۴۳ ــ ۵۵۱، الوسائل: الباب (۴۰) من أبواب ما يحرمبالمصاهره، ح۱.

۳- هو صاحب الحدائق ومَن تَبِعه من علماء البحرين، واستُظهِر من صاحب الوسائل أيضاً. (المرعشى).

۴- [۴] راجع جواهر الكلام: ۲۹/۳۹۲.

۵- بل الظاهر اختصاص المنع بالثانى. (الإصفهانى).

۶- وهو الأقوى، واستفاده التعميم من كلمه «ولد فاطمه» مخدوشه. (المرعشى). * بل الظاهر من الخبر خلافه؛ فإنّ المذكور فيه عنوان: ولد فاطمه ۳. (تقى القمّى).

۷- لا يخلو من تأمّل. (حسن القمّى).

۸- النصّ المشار إليه مخدوش سنداً. (تقى القمّى).

صحیحاً(۱) ، علی ما رواه الصدوق فی العلل، بإسناده عن حمّاد قال: سمعت

أبا عبـدالله علیه السّـلام یقول: «لا یحلّ لأحـد أن یجمع بین ثِنتَین من وُلـدِ فاطمه علیها السّـلام إنَّ ذلک یَبلُغُها فَیَشُقُّ علیها»(۲) ، قلت: یبلغها؟ قال علیه السّلام : «إی والله»(۳).

وذلک لإعراض(۴) المشهور عنه(۵) ، مع أنّ تعلیله ظاهر(۶) فی الکراهه؛ إذ لا نُسلِّم(۷) أنّ مطلق کون ذلک شاقّاً علیها إیذاء لها، حتّی یدخل فی قوله صلی الله علیه و آله :

۱- النصّ غیر صحیح؛ لأنّ فی سنده محمّد بن علیّ ماجیلویه(المصدر السابق.)، وهو لم یوثَّق،ومجرّد کونه شیخاً للصدوق لا یدلّ علی وثاقته، وعلیه فالحکم بالکراهه مبنیّ علیقاعده التسامح. (الخوئی).

۲- لحنانها علی ذراریها وإن کان الأمر جائزاً؛ لأنّ الضَره بنفسها توجب مشقّه الضَره،وتکره الاُمُّ الحنونهُ مشقّه بنتِها، ومجرّد ذلک لیس إیذاءً محرّماً علی الزوج بالنسبهإلی الزهراء ۳. (الفانی).

۳- [۳] علل الشرائع: ۲/۵۹۰، ح۳۸.

۴- إعراض المشهور لا یوجب سقوط الخبر المعتبر، لکنّ الحدیث بنفسه غیر تامٍّسنداً. (تقی القمّی).

۵- إعراض المشهور لا یسقط الصحیح عن الاعتبار علی ما حقّقناه فی محلّه،والتعلیل غیر ظاهرٍ فی الکراهه، فلا مناص عن القول بالحرمه، نعم، الحرمه تکلیفیّه،لا وضعیّه، کما یظهر بالتأمّل(هذه التعلیقه منه قدّس سرّه أضفناها من نسخهٍ اُخری.). (الخوئی).

۶- فیه نظر. (اللنکرانی).

۷- فیه نظر، ولا مساغ لإنکار ظهور المشـقّه فی المقام فیما لا یسـتلزم الإیـذاء، ویؤیّـده: ما روی(انظر الغدیر: ۷/۳۱۶.) مرسلاً من نهیهـا ــ روحی لهـا الفـداء ــ من إلقـاء البَغضـاء والشَحناء بینأولادها، نعم، ما أفاده من الإعراض حتّی من القـدماء هو المانع من العمل به. (المرعشی). * کیف لا یسلم، والحال أنّ المشقّه تلازم الإیذاء؟! (تقی القمّی).

«مَن آذاها فقد آذانی»(۱).

التزویج بالإماء

(مسأله ۵۱) :(۲) الأحوط(۳) ترک تزویج الأمه(۴) دواماً مع عدم الشرطَین :

من عدم التمکّن من المهر للحرّه، وخوف العَنَت(۵)، بمعنی

ص:۳۴۶

۱- [۱] من لا یحضره الفقیه: ۴/۱۲۵، شرح الأخبار للنعمان المغربی: ۳/۳۰، السنن الکبری للبیهقی :۱۰/۲۰۱، شرح نهج البلاغه لابن أبی الحدید: ۱۶/۲۷۳، الاستغاثه لأبی القاسم الکوفی :۱/۱۱.

۲- هذه المسأله إلی «فصلٍ فی العقد وأحکامه» لا تکون محلّ الابتلاء. (تقی القمّی).

۳- بل الأقوی. (زین الدین).

۴- بل لا یخلو من قوّه. (الفانی). * عدم الابتلاء بهذه المسأله وما بعدها من المسائل الراجعه إلی أحکام العبیدوالإماء أغنانا عن التعرّض لها(هذه التعلیقه منه قدّس سرّه أوردناها من نسخهٍ اُخری.). (الخوئی). * عدم الابتلاء بهذه المسأله وما بعدها من مسائل أحکام العبید والإماء یغنینا عنالتعرّض لها. (الروحانی).

۵- [۵] العَنَت: الوقوع فی الإثم، والعَنَت: الفجور والزنا. والعَنَت: الهلاک، وأصله المشقّه والصعوبه.والعَنَت: الوقوع فی أمرٍ شاقّ. والعَنَت: الخطأ، وهو مصدر من باب تعب. مجمع البحرین :۳/۲۵۷، (ماده عنت).

المشقّه(۱) ، أو الوقوع فی الزنا، بل الأحوط(۲) ترکه متعهً أیضاً(۳) ، وإن کان القول بالجواز فیها غیر بعید(۴) .

وأمّا مع الشرطَین فلا إشکال فی الجواز؛ لقوله تعالی: (وَمَنْ لَمْ یَسْتَطِـعْ) إلی آخر الآیه(۵)، ومع ذلک الصبر أفضل فی صوره عدم خوف الوقوع فی الزنا(۶) .

کما لا إشکال فی جواز وطئها بالملک، بل وکذا بالتحلیل.

ولا فرق بین القِنّ وغیره. نعم، الظاهر جوازه(۷) فی

۱- هذا هو المتعیَّن؛ لعدم ثبوت الحقیقه الشرعیّه. (الفانی). * العَنَت: المشقّه الشدیده، وخشیه العنت الخوف من وطأته بما یجلبه علی النفسمن ضغوط، وبما قد یتبعه من آثار ومحاذیر عرفیّه أو شرعیّه، ولا تختصّ محاذیرهبخوف الوقوع فی الزنا. (زین الدین).

۲- لا یُترک. (الخمینی، المرعشی). * بل الأقوی. (زین الدین).

۳- لا یُترک. (حسن القمّی).

۴- الظاهر عدم الفرق بین الدائم والمتعه فی الجواز والمنع. (الکوه کَمَری). * فیه إشکال، بل منع. (الخوئی). * مستند التفصیل بین المتعه والدوام غیر معلوم. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- [۵] النساء: ۲۵.

۶- وعدم خوف الوقوع فی محذورٍ آخرَ من المرض أو المحرّمات الشرعیّه الاُخری.(زین الدین).

۷- لا ظهور فیه. (الکوه کَمَری).

المُبَعَّضه(۱) ؛ لعدم صدق(۲) الأمه(۳) عليها، وإن لم يصدق الحرّه أيضاً.

تزويج الأمه مع عدم الشرطين

(مسأله ۵۲) : لو تزوّجها مع عدم الشرطَين فالأحوط(۴) طلاقها، ولو حصلا بعد التزويج جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط(۵) .

تحقّق الشرطين وزوالهما بعد التزوج

(مسأله ۵۳) : لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا، أو زال أحدهما لم يبطل، ولا يجب الطلاق.

الوطء بالتحليل أو بملک اليمين

(مسأله ۵۴) : لو لم يجد الطَول أو خاف(۶) العَنَت ولكن أمكنه الوطء

ص:۳۴۸

۱- فى الظهور تأمّل. (الإصطهباناتى). * محلّ إشكال. (البروجردى). * فيه تأمّل. (الخمينى، محمّد الشيرازى). * لا يُترك الاحتياط بعدم تزويجها. (المرعشى). * مشكل. (السبزوارى). * بل الظاهر أنّ المبعَّضه فى حكم الأمه؛ من جهه مملوكيه بعضها. (محمّد رضاالگلپايگانى).

۲- محلّ التأمّل. (عبدالله الشيرازى).

۳- بل لإمكان دعوى الانصراف، ولكنّها غير مسموعه. (الفانى).

۴- لا يُترك. (المرعشى). * لا يُترك هذا الاحتياط، وإن كان الظاهر بطلان التزويج لفقد الشرطين من غيرحاجه إلى طلاق. (زين الدين).

۵- لا يُترك. (المرعشى). * بل الأقوى. (زين الدين).

۶- فى النسخه المصحّحه من الكتاب (الواو) بدل (أو)، وهو الظاهر. (المرعشى). * الظاهر أنّ كلمه «أو» اشتباه من الناسخ، والصحيح «وخاف»، لكن مع التمكّن منوطء الأمه بالمِلك أو التحليل ينتفى موضوع خوف العَنَت. (محمّد رضا الگلپايگانى). * كلمه «أو» اشتباه من الناسخ؛ فإنّ المراد: وخاف العَنَت، والظاهر عدم جوازالتزويج فى مفروض المسأله. (زين الدين).

بالتحليل أو بِملك اليمين يشكل جواز التزويج(۱) .

تزويج حرّه لا يقدر على مقاربتها

(مسأله ۵۵) : إذا تمكّن من تزويج حرّهٍ لا يقدر على مقاربتها لمرضٍ أو رَتقٍ أو قَرنٍ(۲) أو صِغَرٍ، أو نحو ذلك فكما لم يتمكّن(۳) . وكذا لو كانت عنده(۴) واحده(۵) من هذه، أو كانت زوجته الحرّه غائبه(۶) .

من لم تكفه مع الشرطين أمه واحده

(مسأله ۵۶) : إذا لم تكفِهِ فی صوره تحقّق الشرطَين أمه واحده یجوز

۱- والأقوی عدم الجواز. (المرعشی).

۲- القَرن: لحم ینبت فی الفرج فی مدخل الذکر، کالغُدّه الغلیظه، وقد یکون عظماً. القاموس الفقهی :۳۰۱.

۳- إذا لم یتمکّن من سائر الاستمتاعات علی وجهٍ یزول خوف العَنَت. (عبدالله الشیرازی). * الجواز فیه وفی ما ذکره بعده مشروط بإذن الحرّه، کما سیأتی. (المرعشی).

۴- إن تمکّن من بعض الاستمتاعات بحیث یزول خوف العَنَت فمحلّ إشکال، أومنع. (حسن القمّی).

۵- مع إذن الحرّه فی نکاحها، مضافاً إلی الشرطَین. (الإصطهباناتی). * لکن یعتبر حینئذٍ فی نکاحها مع الشرطین إذن الحرّه أیضاً. (البروجردی). * ویعتبر حینئذٍ مع الشرطَین إذن الحرّه الموجوده عنده. (زین الدین).

۶- مع إذنها فی الصورتَین. (السبزواری) .

الاثنتين، أمّا الأزيد فلا يجوز، كما سيأتی(۱) .

طلب الحرّه مهراً بمقدار يعدّ ضرراً عليه

(مسأله ۵۷) : إذا كـان قـادراً علی مهر الحرّه لكنّهـا تريـد أزيـد من مهر أمثالها بمقـدارٍ يُعـدُّ ضـرراً(۲) عليه(۳) فكصوره عـدم القدره(۴) ؛ لقاعده نفی الضـرر(۵) ، نظير سـائر المقامـات، كمسأله وجوب الحـجّ إذا كان مسـتطيعاً ولكن يتوقّف تحصـيل الزاد والراحله علی بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، أو علی شـراء الراحله بأزيد من ثمن المثل، فإنّ الظاهر سـقوط الوجوب وإن كان قادراً علی ذلك. والأحوط(۶) فی الجميع(۷) اعتبار

ص:۳۵۰

۱- وتقدّم. (عبدالله الشيرازی).

۲- أو حرجاً وعسراً. (المرعشی).

۳- بل حرجاً عليه، وكذا فی أمثال المقام، وأمّا قاعده الضرر ففيها إشكال.(الخمينی).

۴- فيه إشـكال. (عبدالهادی الشـيرازی). * فيه منع؛ فإنّ قاعده نفی الضـرر إنّما توجب نفی الإلزام، لا صـحّه العقد، والعبره فيعدم جواز العقد علی الأمه إنّما هی القدره علی عقد الحرّه وهی موجوده هنا.(الخوئی).

۵- قاعده نفی الضـرر تقتضـی عدم وجوب نكاح الحرّه إذا كان ضرريّاً، لكن لا يقتضيجواز عقد الأمه مع التمكّن من مهر الحرّه، نعم، إذا كان بحيث يصدق عليه أنّه لايتمكّن ولا يستطيع فيتحقّق الشرط. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- لا يُترك. (الإصـفهانی، عبدالله الشـيرازی). * بل هو المتعيّن، فيجوز له التزويج بالأمه حينئذٍ؛ لعدم الاستطاعه عرفاً لمهرالحرّه، وكذا فی مسأله الحجّ، وتراجع المسأله السابعه من الاستطاعه الماليّه فيكتاب الحجّ. (زين الدين).

۷- لا يُترك الاحتياط. (الحائری). * لشبهه جريان العلّه فی باب الوضوء فی أمثال المقام، فيكون تمام المدار فيهاعلی عموم نفی الحرج، ومن هـذه ربّما مال المصـنّف ؛ فی باب الاسـتطاعه عليكون المدار علی الضـرر المُجحِف بحاله، فراجع، ولكن فی عموم العلّه نظر،والمسـأله حينئـذٍ محـلّ النظر، ولاـ يُترك الاحتياط فی أمثال المقام. (آقاضـياء). * لا يُترك. (محمّـد الشـيرازی، حسـن القمّی).

كون(۱) الزياده ممّا يضرّ(۲) بحاله(۳) لا مطلقاً(۴) .

*

*

*

ص:۳۵۱

۱- لا يُترك. (البجنوردى).

۲- بل ممّا لا يستطيعه عرفاً. (صدرالدين الصدر).

۳- بمقدارٍ يُعَدّ النكاح المنوط عليه ممّا لا يُستطاع عرفاً. (الإصطهباناتى). * بحيث يكون نكاحها لتوقّفه عليه ممّا لا يستطاع عرفاً. (البروجردى). * ويُعَدّ من غير المستطاع فى حقّه. (المرعشى).

۴- بناءً على المبنى المشهور. (تقى القمّى).

فصل [حكم نكاح الأمه على الحرّه]

جواز نكاح الأمه على الحرّه مع إذنها بالشرطين

الأقوى جواز نكاح الأمه(۱) على الحرّه مع إذنها(۲) . والأحوط(۳) اعتبار الشرطَين(۴) : من عدم الطَول، وخوف العَنَت. وأمّا مع عدم إذنها فلا يجوز، وإن قلنا فى المسأله المتقدّمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطَين(۵) ، بل هو باطل.

نعم لو أجازت بعد العقد صحّ(۶) على الأقوى(۷) ، بشرط تحقّق الشرطين على الأحوط(۸) .

ولا ـ فرق فى المنع بين كون العقدين دواميّين أو انقطاعيّين أو مختلِفَين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّه وعدمه؛ لمرضٍ أو قَرنٍ أَو رَتقٍ

۱- لكن يحتمل خيار الحرّه بين بقائها مع الأمه وبين ذهابها إلى أهلها، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمّى).

۲- فى كون الإذن مجوّزاً إشكال، فضلاً عن الإجازه اللاحقه. (الحائرى).

۳- بل الأقوى. (زين الدين).

۴- لا يُترك. (المرعشى).

۵- فى النسخه المصحّحه من الكتاب مع عدم الشرطَين بدون كلمه «إلّا»، وهوالأظهر. (المرعشى).

۶- لا يخلو من إشكال. (البروجردى).

۷- مشكل، فلا يُترك الاحتياط بتجديد العقد عند إراده الإمساك، والطلاق عند إرادهالتسريح. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۸- بل هو الأقوى. (زين الدين).

إلّا(١) مع عدم الشرطَين(٢) ، نعم، لا يبعـد الجواز(٣) إذا(٤) لم تكن الحرّه قـابلهً للإذن؛ لصِغَرٍ أو جنون، خصوصـاً إذا كان عقدها انقطاعيّاً. ولكنّ الأحوط(٥) مع ذلك(٦) المنع(٧) .

نكاح الحرّه على الأمه

وأمّـا العكس وهو نكاح الحرّه على الأمه فهو جائز ولازم إذا كانت الحرّه عالمهً بالحال، وأمّا مع جهلها فالأقوى خيارها فی بقائها مع الأمه وفسخها ورجوعها إلی أهلها.

والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلی هذا لو أخفی عليها ذلک أبداً لم يفعل محرّماً.

١- الظاهر زياده کلمه «إلّا». (زين الدين).

٢- الظاهر أنّ کلمه «إلّا» هنا زائده. (محمّد رضا الگلپايگانی).

٣- مشکل، فلا يُترک الاحتياط. (محمّد رضا الگلپايگانی). * بل لا يبعد عدم الجواز. (زين الدين).

٤- فيه تأمّل. (الکوه کَمَری).

٥- لا يُترک جدّاً؛ لشبهه إطلاقات الباب، وعدم الانصراف فيها، کما فی الجواهر(جواهر الکلام: ٢٩/٣٩٣.)،فراجع. (آقاضياء). * لا يُترک. (البجنوردی، عبدالله الشيرازی).

٦- لا يُترک الاحتياط. (المرعشی). * لا يُترک. (السبزواری).

٧- بل لا يخلو من قوّه. (البروجردی). * لا يُترک. (حسن القمّی).

نکاح الحرّه والأمه فی عقد واحد

(مسأله ۱) : لو نکح الحرّه والأمه فی عقدٍ واحدٍ مع علم الحرّه صحّ، ومع جهلها صحّ بالنسبه إلیها وبطل(۱) بالنسبه إلی الأمه، إلّا مع إجازتها(۲) . وکذا الحال لو تزوّجهما بعقدَین فی زمانٍ واحدٍ علی الأقوی.

نکاح المبعّضه علی المبعّضه أو الحرّه

(مسأله ۲) : لا إشکال(۳) فی جواز(۴) نکاح المُبَعَّضه(۵) علی المُبعَّضه.

وأمّا علی الحرّه ففیه إشکال(۶) ، وإن کان لا یبعد(۷) جوازه(۸) ؛ لأنّ الممنوع

۱- فی بطلانه تأمّل، فلا یُترک الاحتیاط، وکذا فی کفایه الإجازه، کما مرّ.(محمّد رضاالگلپایگانی).

۲- لایخلو من إشکال، کما مرّ. (البروجردی). * فی الصحّه مع إجازتها وکذا فی الفرع التالی إشکال. (حسن القمّی).

۳- قد مرّ الإشکال فی المبعَّضه. (المرعشی).

۴- الظاهر أنّه لا مورد لهذه المسأله. (صدرالدین الصدر). * فیه إشکال. (الفانی).

۵- قد مرّ أنّ المبعَّضه فی حکم الأمه من جهه مملوکیّه بعضـها، فنفی الإشـکال عننکاح کلٍّ منهما علی الآخر غیر موجّه، ولا أقلّ من أنّه خلاف الاحتیاط ومنعالصدق حقیقهً محلّ منع. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- والاحتیاط لا یُترک. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی، الإصطهباناتی). * لا یُترک الاحتیاط. (زین الدین).

۷- فیه أیضاً تأمّل. (الکوه کَمَری).

۸- مشـکل، بل عـدم الجواز لا یخلو من وجه. (البروجردی). * لا یُترک الاحتیاط بالتجنّب. (عبـدالهادی الشـیرازی). * لا یُترک الاحتیـاط. (عبـدالله الشـیرازی). * بـل یقوی عـدم جوازه. (الفـانی). * تقـدّم الإشـکال فیه. (السـبزواری). * فیه إشـکال. (محمّد الشیرازی).

نكاح الأمه على الحرّه، ولا يصدق الأمه على المبعّضه وإن كان لا يصدق(۱)

أنّها حرّه أيضاً.

حكم موت الحرّه أو طلاقها بعد عقد الأمه

(مسأله ۳) : إذا تزوّج الأمه على الحرّه فماتت الحرّه، أو طلّقها، أو وهب مدّتها فى المتعه، أو انقضت لم يثمر فى الصحّه(۲) ، بل لابدّ من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

حكم التزوّج بالأمه فى عدّه الحرّه

(مسأله ۴) : إذا كان تحته حرّه فطلّقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمه(۳) فى عدّتها(۴) ، وأمّا إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال(۵) ، وإن كان لا يبعد

۱- بل لانصراف الأمه إلى غير المبعّضه فى أمثال المقام. (صدرالدين الصدر).

۲- لا تُترك مراعاه الاحتياط. (عبدالهادى الشيرازى). * بل يثمر؛ لأنّ اشتراط الإذن حينئذٍ سالبه بانتفاء الموضوع، وبطلان العقد صدوراًإنّما كان بمعنى توقّف الصحّه على الإذن، لا لخللٍ فى العقد. (الفانى).

۳- مع الشرطَين احتياطاً، وهكذا فى الفروع الآتيه المبتيّه على صحّه نكاح الأمهسابقاً على الحرّه (آقاضياء).

۴- مع عدم الطَول وخوف العَنَت. (البجنوردى). * مع وجود الشرطَين. (زين الدين).

۵- لا يُترك فيه الاحتياط. (الإصفهانى). * فلا يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * والاحتياط فيه لا يُترك. (الإصطهباناتى). * لا يُترك الاحتياط فيه، بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّها ما لم تنقضِ عدّتها زوجه،والانصراف بَدوىّ. (البجنوردى). * عدم الجواز قوىّ؛ لأنّ الرجعيّه زوجه، والانصراف بَدوىّ. (الفانى). * لا يُترك الاحتياط. (حسن القمّى).

الجواز(۱) لانصراف(۲) الأخبار(۳) عن هذه الصوره.

نكاح الأمه بعد التزوّج الفضولی بحرّه

(مسأله ۵) : إذا زوّجه فضولیّ حرّةً فتزوّج أمه ثمّ أجاز عقد الفضولیّ، فعلی النقل(۴) لا یکون من نکاح(۵) الأمه علی الحرّه(۶) فلا مانع

۱- بل عدم الجواز قویّ. (البروجردی). * بل فیه بعد. (عبدالهادی الشیرازی). * فیه إشکال. (السبزواری). * والأقوی المنع، إلّا بإذنها. (زین الدین). * فیه تأمّل. (محمّد الشیرازی).

۲- دعوی الانصراف ممنوعه، والاحتیاط لا یُترک. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

۳- بل عدم الجواز قویّ. (عبدالله الشیرازی). * فیه إشکال، والأظهر التمسّک بأدلّه(فقه القرآن للقطب الراوندی: ۲/۱۸۸، المبسوط للسَرَخْسی: ۶/۱۹، السرائر لابن إدریس الحلّی: ۲/۶۶۷، ۳/۲۸۳، جامع الخلاف والوفاق لعلیّ بن محمّد القمّی: ۴۲۳.) کونها بمنزله الزوجه. (المرعشی). *لو کان المدرک الأخبار الدالّه علی عدم جواز نکاح الأمه علی الحرّه یمکن دعوی الانصراف، وأمّا ما دلّ من الأخبار والإجماع علی کون المطلّقه الرجعیّهبمنزله الزوجه بل هی زوجه یشمل ذلک الأثر أیضاً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- وهو الأقوی. (الفیروزآبادی).

۵- بل من باب نکاح الحرّه علی الأمه. (المرعشی).

۶- بل من نکاح الحرّه علی الأمه، وکذا علی الکشف الحقیقیّ دون الکشف اللغویّ.(الکوه کَمَری).

منه(۱) ، وعلى الکشف(۲) مشکل(۳) .

الشکّ فی السابق من عقد الحرّه والأمه

(مسأله ۶) : إذا عقد على حرّهٍ وعقد وکیله له على أمهٍ وشکّ فی السابق منهما لا یبعد(۴) صحّتهما(۵) وإن لم تُخبَر الحرّه(۶) ،

۱- وأنّ للحرّه الخیار فی عقد نفسها. (الإصطهباناتی). * وإن کان للحرّه الخیار فی عقد نفسها. (البروجردی). * مع الخیار للحرّه فی نکاحها. (السبزواری).

۲- وهو المختار. (عبدالهادی الشیرازی). * حتّى الحکمیّ منه، وعلى النقل یکون من نکاح الحرّه على الأمه. (محمّد رضاالگلپایگانی).

۳- بل على النقل أیضاً. (الإصفهانی). * لا یُترک الاحتیاط. (زین الدین).

۴- بل بعید، وتقدّم منه قریباً بطلان عقد الأمه إلّا مع الإجازه. (صدرالدین الصدر).

۵- لا وجه للحکم بصحّه عقد الأمه، وإن سلَّمنا وجود أصلٍ مُحرِز لها بعدالعلم الإجمالیّ بفساده، أو ثبوت الخیار للحرّه فی عقد نفسها، فلاـ یُترکالاحتیاط بما ذکر. (البروجردی). * بل هو قویّ؛ لأنّ الشکّ فی اشتراط إذن الحرّه بَدویّ، وکونه عدلاً لخیار الحرّهفی فسخ عقدها لاـ یوجب تشکیل عِلمٍ مؤثّرٍ فی البَین، إلّا إذا فسخت الحرّه عقدنفسها ولم تأذن فی عقد الأمه، وحینئذٍ یتشکّل العلم الإجمالیّ للزوج بحرمهإحداهما علیه. (الفانی).

۶- الحکم بصحّه عقد الأمه فی غایه الإشکال؛ للعلم الإجمالی: إمّا بفساد عقد الأمهإذا کان عقد الحرّه هو السابق، وإمّا بثبوت الخیار للحرّه فی عقد نفسها إذا کانعقدها هو اللاحق، فلا یُترک الاحتیاط بما فی المتن، بل لا یُترک الاحتیاط بطلاقالحرّه أیضاً إذا اختارت فسخ عقدها. (زین الدین).

والأحوط(۱) طلاق(۲) الأمه(۳) مع عدم إجازه الحرّه.

الاشتراط فی عقد الحرّه إذنها فی نکاح الأمه

(مسأله ۷) : لو شرط فی عقد الحرّه أن تأذن فی نکاح الأمه علیها صحّ(۴) ، ولکن إذا لم تأذن لم یصحّ، بخلاف ما إذا شرط(۵) علیها(۶) أن

۱- لاـ یُترک. (الإصفهانی، جمال الدین الگلپایگانی، السبزواری). * هذا الاحتیاط لا یُترک. (النائینی، الإصطهباناتی). * لا یُترک الاحتیاط. (المرعشی). * کما أنّ الأحوط طلاق الحرّه عند اختیار فسخ عقد نفسها، بل لا یُترک الاحتیاطبطلاقهما عند عدم إجازه الحرّه مطلقاً، اختار الفسخ أوْ لا؛ مراعاهً للعلم الإجمالیّ.(محمّد رضا الگلپایگانی).
۲- لا یُترک. (عبدالله الشیرازی).
۳- قبل فسخ الحرّه نکاح نفسها، وأمّا إذا فسخت نکاح نفسها قبل طلاق الأمه ثمّطلّقها فالأحوط الاجتناب عن الحرّه أیضاً. (عبدالهادی الشیرازی). * لا یُترک. (محمّد الشیرازی، حسن القمّی).
۴- إذا أذِنَت. (زین الدین).
۵- فی هذه الصوره أیضاً یبطل عقد الأمّه إذا لم تأذن الحرّه. (الفانی).
۶- فیه إشکال، کما تقدّم نظیره فی العمّه والخاله بعد الشکّ فی کون ذلک من الحقوقالقابله للإسقاط، واحتمال کونه من الأحکام بملاحظه اقتضاء حرّیّه الزوجه ذلکمطلقاً. (آقاضیاء). * النتیجه واحده؛ فإنّ قبولها الشرط إذْنٌ إذاً، فالصحّه أقرب. (کاشف الغطاء). * فی صحّه هذا الشرط إشکال. (عبدالهادی الشیرازی). * فیه إشکال. (الإصفهانی، عبدالله الشیرازی). * قد مرّ أنّ الشرط المذکور بمنزله الإذن، فیصحّ نکاح الأمه ما لم تُظهِر الکراهه.(محمّد رضا الگلپایگانی). * محلّ تردّد. (السبزواری). * علی إشکال. (محمّد الشیرازی).

يكون(۱) له(۲) نكاح(۳) الأمه(۴) .

*

*

*

ص:۳۵۹

۱- فيه إشكال. (البروجردى).

۲- فى صحّه هذا الشرط إشكال. (الكوه كَمَرى). * الظاهر بطلان هذا الشرط، ولكنّ العقد صحيح. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال، وقد تقدّم نظيره وأنّ الشرط مخالف للكتاب، إن] كان [(أضفناه كى يستقيم السياق.) مقيّداً بعدمإذنه أو كان مطلقاً. (البجنوردى). * المسأله مبتنيه على كونه من الحقّ أو الحكم، فعلى الأوّل صحيح، وأنّه من بابشرط النتيجه، بخلاف الثانى. (المرعشى). * مشكل غايه الإشكال. (حسن القمّى).

۳- قد مرّ الكلام فى نظير المسأله. (الفيروزآبادى).

۴- وهو فى غايه الإشكال، وقد تقدّم نظيره فى المسأله التاسعه عشره من فصل :محرّمات المصاهره. (زين الدين).

فصل[فی نکاح العبید والإماء]

اشاره

فی نکاح العبید والإماء(۱)

أمر تزویج المملوک عبداً وأمهً لسیّده

(مسأله۱) : أمر تزویج العبد والأمه بید السیّد، فیجوز له تزویجهما ولو من غیر رضاهما، أو إجبارهما علی ذلک. ولا یجوز لهما العقد علی نفسهما من غیر إذنه، کما لا یجوز لغیرهما العقد علیهما کذلک، حتّی لو کان لهما أب حرّ(۲) . بل یکون إیقاع العقد منهما أو من غیرهما علیهما حراماً(۳)

ص:۳۶۰

۱- قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلَین التالیَین ممّا یتعلّق بالعبید والإماء، لعدمالابتلاء بهما. (الخمینی).

۲- وقد أوقع علیهما العقد وهما صغیران. (الإصفهانی). * وقد أوقع العقد علیهما وهما صغیران. (الإصطهباناتی). * هذا حیث أوقع العقد علیهما فی حال صغرهما، وأمّا فی حال کِبَرهما فلا فرقبین الأب والأجنبیّ. (المرعشی). * وکانا صغیرین. (محمّد رضا الگلپایگانی). * وهما صغیران، وإلّا فالأب والأجنبیّ فیهما سِیّان. (السبزواری).

۳- تشریعاً، کما لا یخفی. (آقا ضیاء). * مجرّد إیقاع العقد علی المملوک ولو بقصد ترتیب الأثر لا یکون تصرّفاً محرّماً. (الفانی). * لیس هذا حراماً شرعیّاً، بل هو داخل فی نیّه المعصیه، وهو نوع من التجرّی.(الخوئی). * إن قیل بأنّ العزم علی الحرام حرام، أو آلَ الأمر إلی التشریع. (المرعشی). * علی الأحوط. (محمّد رضا الگلپایگانی).

إذا كان(۱) ذلك(۲) بقصد ترتيب الأثر ولو لا مع إجازه المولى(۳)، نعم، لو كان ذلك بتوقّع الإجازه منه فالظاهر عدم حرمته؛ لأنّه ليس تصرّفاً(۴) فى مال الغير عرفاً، كبيع الفضولىّ مال غيره.

وأمّا عقدهما على نفسهما(۵) من غير إذن المولى ومن غيرهما(۶) بتوقّع الإجازه فقد يقال بحرمته(۷)؛ . . . .

۱- بل هو حينئذٍ من نيّه الحرام والعزم على ارتكابه. (البروجردى). * أى حراماً تشريعيّاً؛ لأنّه ليس تصرّفاً فيهما حتّى يكون حراماً ذاتيّاً بدون إذنالمولى. (البجنوردى).

۲- تشريعاً أو تجرّياً. (عبدالله الشيرازى).

۳- والأفضل أن يقال: (ولو مع عدم إجازه المَولى).

۴- خارجيّاً. (المرعشى).

۵- هذا تكرار لما سبق فى صدر المسأله، ولعلّه إنّما أعاد البيان على طوله لبيانقضيّه سلب القدره، ولكن ليس حقّ البيان ذلك، فتدبّره. (كاشف الغطاء).

۶- أى يكون تزويجهما وعقدهما بإيقاعِ من غير العبد والأمه عليهما، كأنّه عطفعلى ضمير«هما» فى قوله: عقدهما. (الفيروزآبادى). * فى العباره تشويش، والمراد ظاهر؛ فإنّ موضع هذه العباره قبل سطرين يعنى: بعدقوله: «نعم، لو كان ذلك» كما يظهر وجهه بأدنى تأمّل. (الخوئى). * لعلّ عباره «ومن غيرهما» زائده، فقد تقدّم حكم غيرهما عليهما، على أنّ التعليلبسلب القدره لا يناسب ذلك. (زين الدين).

۷- لا وجه للقول بالحرمه أصلاً؛ فإنّ سلب القدره لا يكون منشأً للحرمه، وإنّمايكون منشأً لعدم النفوذ. (الخوئى).

لِسَلب قدرتهما(۱) وإن لم يکونا مسلوبَی العباره، لکنّه مشکل(۲) ؛ لانصراف(۳) سَلب(۴) القدره(۵) عن مثل ذلک.

وکذا لو باشر أحدهما العقد للغیر بإذنه أو فضوله؛ فإنّه لیس بحرامٍ علی الأقوی(۶) ، وإن قیل بکونه حراماً.

صحّه زواج المملوک وقف علی إجازه المولی وکونها کاشفه

(مسأله ۲) : لو تزوّج العبد من غیر إذن المولی وقف علی إجازته، فإن أجاز صحّ، وکذا الأمه علی الأقوی. والإجازه کاشفه(۷) ، ولا فرق فی صحّته

ص:۳۶۲

۱- التعلیل لا یناسب قوله: «أو من غیرهما»، وهو ناظر إلی الأوّل، ووجه الثانی مرّقبل ذلک. (الفیروزآبادی).

۲- بل ممنوع؛ لأنّ سلب القدره وضعاً لا یستلزم حرمه إنشاء التزویج تکلیفاً. (الفانی). * إلّا مع نهی المولی؛ حیث إنّ مخالفته حرام تکلیفاً، وأمّا نفوذه فموقوف علی إجازه المَولی. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- قد تعرّضنا فی کتاب البیع بطلان الانصراف المزبور فی أمثال المقام، فراجعمحلّه. (آقاضیاء).

۴- الأظهر الانسلاب، وعدم قدرتهما علی شیءٍ، سیّما فی المهامّ، کأمثال التزویج،والانصراف ممنوع. (المرعشی).

۵- الانصراف ممنوع، وکذا فی الفرض اللاحق. (زین الدین).

۶- فیه وفی ما تقدّم من الانصراف نظر. (حسن القمّی).

۷- الإجازه _ بما هی سبب لربط الإنشاء بالأصیل _ ناقله، بمعنی صیرورتها سبباًلربط المنشأ بالمُجِیز. (الفانی). * کشفاً انقلابیّاً، ومعنی الکشف الانقلابی: أنّ الشارع بعد تحقّق الإجازه من السیّدیحکم بصحّه عقد العبد، وثبوت مضمونه من أوّل الأمر ومن حین صدور العقد منه،لا حین الإجازه فیکون نقلاً، ولا بمجرّد ترتیب الآثار من أوّل الأمر فیکون کشفاًحکمیّاً، ولا بصحّه العقد بالإجازه علی نحو الشرط المتأخّر فیکون کشفاً حقیقیّاً.(زین الدین).

بهـا بين أن يكون بتوقّعها، أوْ لا، بل على الوجه المحرّم، ولا يضـرّه النهى؛ لأنّه متعلّق بأمرٍ خارجٍ(۱) متّحد. والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازه، فلا تنفع الإجازه(۲) بعد الردّ(۳).

وهل يشترط فى تأثيرها عدم سَبق النهى من المولى فيكون النهى السابق كالردّ بعد العقد، أوْ لا؟ وجهان، أقواهما(۴) الثانى(۵).

حكم المهر فى تزويج المملوك

(مسأله ۳) : لو باشر المولى تزويج عبده، أو أجبره(۶) على التزويج

۱- التعليل ضعيف جدّاً، والصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمه فهى فى المعاملاتلا توجب الفساد. (الخوئى).

۲- فيه إشكال، بل منع. (الخوئى).

۳- على المشهور، بل ادُّعى عليه الإجماع. (حسن القمّى).

۴- فيه إشكال. (الفيروزآبادى).

۵- بل الأوّل. (النائينى، جمال الـدين الگلپايگانى). * بل الأوّل؛ فإنّ النهى قبله أشدّ من الردّ بعده. (كاشف الغطاء). * فى أقوائيّته تأمّل. (الإصطهباناتى). * فيه إشكال. (عبدالله الشيرازى). * لا يخلو أوّلهما من قوّه. (المرعشى). * فيه تأمّل. (حسن القمّى).

۶- فى صوره جبره على التزويج إشكال، والأحوط للمولى التعيين فى هذه الصوره.(زين الدين).

فالمهر إن لم يُعيَّن فى عينٍ يكون فى ذمّه المولى(۱) ، ويجوز أن يجعله فى ذمّه العبد(۲) يتبع(۳) به(۴) بعد العتق(۵) مع رضاه.

وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشكال(۶) ، كما إذا استدان على أن يكون

ص:۳۶۴

۱- إذا كانت تصرّفات العبد وتحرّكاته وكسبه بيد مولاه وتحت رعايته، وأمّا إذا كانمطلق الإراده فى التصرّف من قبل مولاه فلا يبعد أن يكون المهر فى ذمّه العبد.(زين الدين).

۲- قدره المولى بهذا المقدار ـ أى إشغال ذمّه عبده ودخول ذمّته تحت سلطته ـ محلّ إشكال، وكذا الاستدانه. (المرعشى). * جواز جعله فى ذمّه العبد على هذا الوجه ولو مع رضاه محلّ إشكال، واستدانهالمولى بهذا النحو أشدّ إشكالاً، والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردى).

۳- إن لم يكن له مال ولم يتمكّن من الاكتساب بإذن المولى. (صدرالدين الصدر).

۴- حيث لا مال ولم يقدر على الاكتساب بإذن المولى. (المرعشى). * سلطنه المولى على اشتغال ذمّه العبد مستقلّاً بحيث يتبع به بعد العتق محلّإشكال، بل منع ولو مع رضاه؛ لأنّ رضاه غير موثّرٍ فى شىء، وسلطنه المولىمحدوده بحدود ملكه، ولا معنى لعهده العبد إلّا عهده المولى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- أو يؤدّيه من كسبه إذا كان كَسوباً بإذن مولاه. (الفانى).

۶- لعدم مالكيه السيّد لذمّه العبد التابع له بعد عتقه. (آقاضياء). * ولكنّه الأقوى. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * الظاهر عدم الإشكال؛ لأنّه مملوكه وتحت سلطانه يتصرّف فيه كيفما يشاء، إلّافى ما نهى الشارع عنه. (البجنوردى). * بل منع؛ لأنّ عهده العبد ليست مملوكهً للمولى، نعم، إذا رضى العبد بذلك فيصحّ؛لعدم الموجب للمنع. (الفانى). * الظاهر أنّ له ذلك، وكذلك الاستدانه. (زين الدين).

الدَین فی ذمّه العبد من غیر رضاه.

وأمّا لو أذِن(۱) له فی التزویـج: فـإن عیَّن کون المهر فی ذمّته(۲) أو فی ذمّـِه العبـد أو فی عینٍ معیّنٍ تعیّن، وإن أطلق(۳) ففی کونه فی ذمّته، أو ذمّه العبد مع ضمانه له وتعهّده(۴) أداءَه، عنه أو کونه فی کسب العبد(۵) وجوه(۶): أقواها

ص:۳۶۵

۱- الظاهر أنّ المهر فی عهده العبد، إلّا أن یجعله فی ذمّه المولی، أو فی ماله المعیّن بإذنه. (صدرالدین الصدر).

۲- وتعهّده ابتداءً، إلّا أنّه ینتقل إلیه من ذمّه العبد؛ کی یکون من باب الضمان.(المرعشی).

۳- تقدّم تفصیل الکلام فیه. (صدرالدین الصدر).

۴- أو فی ذمّه العبد وکون اشـتغال ذمّته بشـیءٍ بإذن المولی عین اشـتغال ذمّه المولی بذلک الشـیء، کما أنّ مالکیّته لشـیءٍ عین مالکیّته، ولعلّ هذا أقرب الوجوه، ولاتنافیه الروایه، والظاهر عدم الفرق بین الإذن والإجازه. (البروجردی).

۵- أو فی ذمّه العبد یتبع به بعد عتقه، فلا تعهّد للمولی فی أدائه ولو من ماله الخاصّ.(آقاضیاء).

۶- وله وجه آخر، وهو کونه فی ذمّه العبـد، لکنّ معنی اشـتغال ذمّته اشـتغال ذمّهـالمولی، والأقوی الأوّل؛ لأنّ ذلک الوجه أیضـاً یحتاج إلی موونه واعتبار زائـد، بل هومن أقسام التعیین. (محمّـد رضا الگلپایگانی). * الأقوی ثبوت المهر والنفقه فی ذمّه العبـد، ولکن علی المَولی أن یفی بما فی ذمّهالعبـد من بعض أمواله أو أموال العبـد، وهـذا إذا کان المولی نافـذ السلطان فی العبـدوفی تصـرّفاته، بـأن کـانت تحت رعـایه مولاه فی جمیع شؤونه، وأمّا إذا کان العبـدمطلق الإراده _ کما تقـدّم _ فلا یبعـد عـدم تعهّد المولی بذلک، والروایتان لا تدلّانعلی أکثر من ذلک. (زین الدین).

الأوّل(۱) ؛ لأنّ «الإذن فی الشیء(۲) إذن فی لوازمه»(۳)، وکون المهر علیه بعد عدم قدره العبد علی شیء، وکونه کلّاً علی مولاه من لوازم(۴) الإذن فی التزویج عرفاً، وکذا الکلام فی النفقه.

ویدلّ علیه(۵) أیضاً فی المهر: روایه علیّ بن أبی حمزه(۶)، وفی النفقه موثّقه عمّار الساباطی(۷).

ص:۳۶۶

۱- تقدّم تفصیل الکلام فیه. (صدرالدین الصدر).

۲- فی هذه الکلّیه نظر، فالعمده فی المسأله النصوص الخاصّه، وإلّا فالأقوی ما ذکرنامن الاحتمال؛ لعدم اقتضاء إذن السیّد تعهّده فی ماله فی ذمّته أو فی غیرها، فقهراًیستقرّ المهر فی ذمّه الزوج یتبع به بعد عتقه؛ للعمومات. نعم، لا یبعد الالتزام فیالنفقه بما ذکر من کونها علی السیّد بلا خصوصیّه فی کسبه؛ لاحتساب العرف کونهامن عیال السیّد، وإن أمکن النظر فی ملازمه العیلوله العرفیّه مع وجوب النفقه، فمنالمحتمل کونها بمقتضی القواعد ممّن لا یقدر علینفقه عیاله ولا علی طلاقها،فیجب علی الناس کفایه القیام بأمرها، ولکن لا ـ أظنّ التزام هذا المعنی أیضاً منأحد، بل هو أیضاً خلاف السیره، بل السیره قائمه علی قیام السیّد بأمرها فی نفقتها،ومنها یُستکشَف کون نفقتها علیه، وکونها من عیالاته الواجب نفقتها علیه. (آقاضیاء). * بل لأنّ الظاهر من المقام تعهّد السیّد لِمَهره. (الفانی).

۳- مختلف الشیعه: ۶/۱۵۳، کشف اللثام، ط. ج: ۸/۱۹۹، القواعد والفوائد للشهید الأوّل: ۱/۲۳۰،مستند الشیعه للنراقی: ۱۶/۱۸۴، جواهر الکلام: ۲۵/۸۴.

۴- فیه تأمّل، بل منع. (صدرالدین الصدر).

۵- فی اعتبار الروایتَین بل وفی دلالتهما تأمّل، بل منع. (صدرالدین الصدر).

۶- الوسائل: الباب (۷۸) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح ۱.

۷- الوسائل: الباب (۷۳) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح ۱.

ولـو تزوّج العبـد من غير إذن مولاـه، ثمّ أجـاز ففی کـونه(۱) کالإـذن السـابق فی کـون المهر علی المـولی، أو بتعهّـده، أوْ لاـ؟ وجهان(۲) .

ویمکن الفرق(۳) بین ما لو جعل(۴) المهر فی ذمّته(۵) فلا دخل له(۶) بالمولی وإن أجاز العقـد، أو فی مالٍ معیّنٍ من المولی، أو فی ذمّته، فیکون کما عیّن أو أطلق فیکون علی المولی.

ص:۳۶۷

۱- الأظهر أنّ الإجازه توجب صحّه العقد علی ما وقع، فیأتی فیه التفصیل المتقدّم.(صدرالدین الصدر).

۲- أقربهمـا الأـوّل؛ لأـنّ الإجـازه کالإـذن السـابق فی کون المهر علی المولی، إلّا إذاجعل العبـد المهر فی ذمّته. (البجنوردی). * الأظهر الأوّل. (المرعشـی). * الإجازه توجب صـحّه العقـد علی حسب ما وقع؛ فإنْ کان العبد قد عیّن شـیئاًکانت الإجازه تعییناً له عند المولی، وإن لم یعیّن جری فی الإجازه ما ذکرناه فیالإذن السابق سواء بسواء. (زین الدین).

۳- ولعلّ هذا أوجه. (الکوه کَمَری).

۴- وهذا هو الأقوی. (عبدالهادی الشیرازی).

۵- هذا التفصیل حسن جمیل. (الفانی). * هذا إذا لم یکن له مال، ولم یتمکّن من الاکتساب بإذن المولی، وهذا التفصیل لایخلو من قوّه، ولا یصغی من رجوعه إلی جعله فی ذمّه المولی؛ لمکان حکم العرفباتّحاد ذمّه العبد مع ذمّه مولاه. (المرعشی).

۶- الظاهر هو أنّ التفصـیل غیر وجیه؛ لأنّ ذمّه العبـد لیس إلّا ذمّه المولی، فبإجازتهتشـتغل ذمّته. (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع کون أدائه فی کسب العبد بعد العتق. (حسن القمّی).

ثمّ إنّ المولی(۱) إذا أذِن: فتارةً یعیّن مقدار المهر، وتارةً یعمّم، وتارةً یطلق.

فعلی الأوّلَین لا إشکال، وعلی الأخیر ینصرف إلی المتعارف(۲) ، وإذا تعدّی وقف علی إجازته.

وقیل(۳): یکون(۴) الزائد فی ذمّته یَتبع به بعد العتق(۵) . وکذا الحال بالنسبه إلی شخص الزوجه، فإنّه إن لم یعیّن ینصرف إلی اللائق بحال العبد من حیث الشرف والضَعه، فإن تعدّی وقف علی إجازته(۶) .

مهر الأمه المزوّجه للمولی ونفقتها

(مسأله ۴) : مهر الأمه المزوَّجه للمولی، سواء کان هو المباشر

ص:۳۶۸

۱- یأتی التفصیل المتقدّم فی کلٍّ من هذه الأقسام الثلاثه. (صدرالدین الصدر).

۲- إذا أذِن المولی فی جعل المهر فی ذمّته أو فی عینٍ خارجیّهٍ یملکها ولکن اطلقمن حیث الکمّیه فیرجع إلی المتعارف، فإذا تعدّی وقف علی إجازته، سواء قلنا بأنّالزائد فی ذمّه المولی أم فی ذمّه العبد. (صدرالدین الصدر). * وهو مهر المثل، ولیس له التعدّی عنه، وعدم ملاحظه المصلحه. (المرعشی). * فی الصوره الّتی یجب فیها علی المولی أن یفی بما فی ذمّه العبد، علی ما تقدّمبیانه، وأمّا فی الصوره الثانیه فإنّ وجوب الوفاء علی العبد نفسه. (زین الدین).

۳- راجع مختلف الشیعه: ۷/۲۰۸، جامع المقاصد: ۱۲/۱۶۳.

۴- ولکنّه ضعیف. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- أو یؤدّیه من کسبه إذا کان کَسوباً بإذن مولاه. (الفانی).

۶- علی الأحوط، إلّا إذا کان تعدّیاً عن اللائق بحال المالک فیلزم ذلک علی الأقوی.(زین الدین).

أم هی، بإذنه أو بإجازته، ونفقتها علی الزوج، إلّا إذا منعها(١) مولاها(٢) عن التمکین(٣) لزوجها(۴) ، أو اشترط(۵) کونها(۶)

ص:٣۶٩

١- وامتنعت عن التمکین، ولکن فی شمول دلیل النشوز للمورد تأمّل، کلّ ذلک إذاقلنا: إنّ للمولی منعها بعد إذنه أو إجازته، وفیه تأمّل؛ لأنّ التمکین من أظهر آثارالتزویج، سیّما فی الدوام الّذی هو محلّ الکلام. (صدرالدین الصدر). * ونشزت هی. (المرعشی).

٢- لاـ بمثل الحبس؛ لأنّها معذوره فی عدم التمکین، والأولی إلحاق النشوز بالمنع.(عبدالله الشیرازی). * الظاهر أنّ المناط فی عدم وجوب النفقه علی الزوج، نشوز الزوجه ومنع المولیوعدمه لاـ تأثیر فیه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بغیر حقّ، کما هو الظاهر؛ فإنّ صحّه التزویج للأمه والتزام المولی بلوازم الزوجیّهتقتضی وجوب التمکین علیها، فلا یملک المولی أن یمنعها عنه، فإذا منعها کذلکوأطاعت فلم تمکّنه کانت ناشزهً فلاـ نفقه لها، وإذا منعها المولی بحقٍّ _ کما قد یتّفق _فأطاعت مولاها ولم تمکّن الزوج لم یکن ذلک نشوزاً، فلا تسقط نفقتها. (زین الدین).

٣- ولم تمکّن. (الإصطهباناتی). * وعملت علی طبق منعه. (البروجردی). * وهی امتنعت من منعها، أو کان منعه إیّاها منعاً تکوینیّاً بأن حبسها مثلاً.(البجنوردی). * سقوط نفقتها علی الزوج ما لم تصیر ناشزهً محلّ نظر. (حسن القمّی).

۴- ولم تتمکّن أیضاً بحیث صارت ناشزه. (السبزواری).

۵- صحّه هذا الشرط محلّ إشکال، بل منع، نعم، یصحّ شرط الإنفاق علی المولیفیجب علیه الوفاء، ولو عصی فالنفقه علی الزوج. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- هذا من الوعد الإبتدائیّ. (الفانی). * صحّه هذا الاشتراط محلّ إشکال، إلّا أن یؤول إلی اشتراط أداء النفقه علیالمولی، لا أصل ثبوته. (المرعشی). * المراد أن یشترط الزوج علی المولی أن یقوم بالإنفاق علیها، وأمّا شرط أنتجب النفقه علی المولی فهو شرط مخالف للکتاب. (زین الدین).

عليه(۱) وللمولی استخدامها بما لا ینافی حقّ الزوج(۲) .

والمشهور أنّ للمولی(۳) أن یستخدمها نهاراً(۴) ، ویُخَلِّی بینها وبین الزوج لیلاً، ولا بأس به(۵) .

ص:۳۷۰

۱- صحّه هذا الشرط محلّ إشکال. (البروجردی). * یعنی أداءَها لا ـ ثبوتها شرعاً، وإلّا فصحّه مثل هذا الشرط ممنوعه. (السبزواری).

۲- ولا یختصّ أحدهما بلیلٍ أو نهارٍ علی الأقوی، فللزوج حقّ الاستمتاع بها ولونهاراً. (زین الدین).

۳- الظاهر أنّ هذا التوزیع إنّما هو نظر إلی أنّ زمان الخدمه فی الأغلب إنّما هو النهاروزمان الاستمتاع اللیل، ویستفاد ذلک ممّا ورد فی الجعفریّات(الجعفریات: ۱۰۵.)، ونقلالمجلسی(بحار الأنوار: ۱۰۰/۳۴۴، ح۳۵.) هذه الروایه أیضاً فی المجلد (۲۳) من البحار، طبع الکمپانی، الباب(۷۳) عن نوادر(النوادر للراوندی: ۱۸۵.) الراوندی ولعلّ قوله: «یُستفاد من بعض الأخبار» ذلک. (الفانی).

۴- الأقوی جواز الانتفاع للمولی فی اللیل والنهار ما لم یزاحمه حقّ الزوج.(المرعشی).

۵- ولکنّ الأقوی أنّ للزوج حقّ الاستمتاع بها ولو نهاراً. (کاشف الغطاء).

بل يُستفاد(۱) من بعض(۲) الأخبار(۳) ولو اشترطا غير ذلک فهما على شرطهما.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلک من دون إذن السيّد؟ قد يقال : ليس له(۴) ، بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها فإنّه يجوز له من دون إذن الزوج.

والأقوى العكس(۵) ؛ لأنّ السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم

۱- فيه وفی جواز أن يسافر بها الزوج أو السيّد تأمّل، فالأحوط التصالحوالتراضی. (حسن القمّی).
۲- النوادر للراوندی: ۱۸۵.
۳- لكنّه ضعيف، والأوجه ما ذكره أوّلاً. (الخوئی).
۴- ولعلّه الأقرب. (محمّد الشيرازی).
۵- بعد تزاحم مقتضی الملكيّه والزوجيّه، وقصور شمول الدليل من كلّ طرفٍ صورهقصور المحلّ عن القابليّه؛ لعدم كون إطلاقاتها فی مقام البيان من تلک الجهه،فالمرجع فی الترجيح هو الأصل الجاری فی طرف المالک بعد منع الكلّيّه مناقتضاء الالتزام بالشیء الالتزام باللوازم. (آقاضياء). * هذا لا يخلو من المناقشه؛ فإنّ إذن السيّد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازمالزوجيّه وأحكامها إلّا أنّ من أحكامها وجوب إطاعه الزوج لو لم تزاحم بما هوالأهمّ، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكما أنّ مقتضيزوجيّه الزوج وجوب طاعته كذلک مقتضی سياده السيّد وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمره الآخر يقع التزاحم بين الإطاعتَين، فيراعی ما هو الأهمّ،ولا يبعد أن يكون رعايه السيّد الّذی يكون مالكاً لرقبتها ألزم. (الإصفهانی). * مع توقّف الاستمتاع على المسافره، وكذا المسافره ليلاً إن قلنا: إنّه يجب أنيُخلّى بينها وبين الزوج ليلاً. (الكوه كَمَری). * لا يخلو من مناقشه وإشكال، بل الظاهر تقديم إراده السيّد عند تزاحمها مع إرادهالزوج. (البجنوردی). * هذا لا يخلو من المناقشه؛ فإنّ إذن السيّد بالتزويج وإن كان التزاماًبلوازم الزوجيّه وأحكامها إلّا أنّ من أحكامها وجوب اطاعه الزوج لو لم تزاحمبما هو الأهمّ، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكماأنّ مقتضی زوجيّه الزوج وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمرهالآخر يقع التزاحم بين الإطاعتَين، فيراعی ما هو الأهمّ، ولا يبعد أن يكونرعايه السيّد الّذی يكون مالكاً لرقبتها ألزم، إلّا أن يقال: إذنه بالتزويج المستلزمللإذن باللوازم بمنزله إسقاط حقّ المولی بالنسبه إلى آثار المزاوجهمن الاستمتاعات، وهذا ربّما مراد المصنّف قدّس سرّه ؛ وبناءً عليه لا يجب إطاعته حتّى فيغير الوطء الواجب. (عبدالله الشيرازی). * فی صورتَی المسافره ليلاً وإراده الاستمتاع فی السفر. (المرعشی). * يعنی يجوز للعبد أن يسافر بها من دون إذن مولاها، دون العكس، لكن المسلّممنه فيما إذا أراد منها الاستمتاع فی السفر، وإلّا فوجوب السفر عليها بأمر الزوجغير معلوم. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لا يبعد كون مراعاه حقّ السيّد أعمّ عرفاً. (السبزواری). * القدر المسلّم من ذلک ما إذا أراد الزوج الاستمتاع بزوجته فی السفر فلا يجوزللمولی أن يمنعها من ذلک، أمّا فی غير ذلک فالمسأله محلّ إشكال. (زين الدين).

الزوجیّه(۱) ، و(آلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى آلنِّسَاءِ)(۲).

وأمّا العبد المأذون فی التزویج فأمره بید مولاه، فلو منعه من الاستمتاع یجب علیه طاعته، إلّا ما کان واجباً علیه من الوطء فی کلّ أربعه أشهر، ومن حقّ القسم.

جعل المهر للأمه المأذونه فی التزویج

(مسأله ۵) : إذا أذِن المولی للأمه فی التزویـج وجعل المهر لها صحّ علی الأقوی من ملکیّه العبد والأمه(۳) ، وإن کان للمولی أن یتملّک(۴) ما ملکاه، بل الأقوی(۵) کونه مالکاً لهما ولمالهما

۱- فیه نظر واضـح؛ لأنّه لا یفهم العرف من الإذن فی تزویـج الأمه الإذن فی أخـذهامعه فی الأسـفار المانع من الخـدمه والمنافیه لحقّ الملکیّه، وهذا لیس من اللوازمالظاهره فی نظر العقلاء، ولمعارضه «الناس مسلّطون علی أموالهم»(الخلاف: ۳/۱۷۶، السرائر: ۲/۳۸۲، مختصر المزنی: ۹۲، المجموع: ۱۳/۳۵) والزوجیلتزم بلوازم ملکیّه الزوجیّه. (الفیروزآبادی).
۲- النساء: ۳۴.
۳- ولکنّهما محجوران عن التصرّف فی ما یملکانه إلّا بإذن المولی. (زین الدین).
۴- مع رضاها. (صدرالدین الصدر).
۵- بل الأقوی کون المهر لمولاها المالک لبضعها، وأنّها لا تملک إلّا ماملّکها مولاها،وأنّ المهر المزبور لیس منها. (آقاضیاء). * بـل الأقوی أنّ المملوک کغیره(فی نسخه الأصـل: (المملوکه کغیرهـا)، ونظراً لارتباک اللفظ فالصـحیح ما أثبتناه) من الأحرار، ولکنّه محجور علیه، ولا یجوز لهالتصـرّفات المالیّه إلّا بإذن مولاه، ومنه تعرف أنّه لیس للمولی التصـرّف فی أموال مملوکه، نعم، لو اکتسبها بـإذن المولی علی أن تکون له کـانت له. (صدرالـدین الصـدر). * بـل الأقوی العـدم؛ لـدلاله بعض النصوص(النهایه ونُکتها للطوسـی: ۵۴۳، المهـذّب لابن البرّاج: ۲/۳۵۹، المحلّی: ۹/۲۴۴.) علی عـدم جواز تملّـک السـیّد مـا ملکهالعبـد فکیف بالملکیّه الطولیّه؟. (الفانی). * هذا القول ضعیف. (زین الدین).

ملکیّهً طولیّه(۱) .

نکاح المملوک عبداً أو أمهً المشترک والمبعّض

(مسأله ۶) : لو کـان العبـد أو الأمه لِمالِکَینِ أو أکثر توقّف صـحّه النکاح علی إذن الجمیع أو إجازتهم، ولو کانا مبعَّضَـین توقّف علی إذنهما وإذن المالک، ولیس له إجبارهما.

حکم النکاح والمهر فی فرض شراء الحرّه زوجها المملوک

(مسأله ۷) : إذا اشترت العبدَ زوجتُهُ بطل النکاح، وتستحقّ المهر إن کان ذلک بعد الدخول. وأمّا إن کان قبله ففی سـقوطه(۲) ، أو سقوط نصفه(۳) ،

۱- وعلی ذلـک فـالمهر لها دائماً؛ لکون المهر بـدل المنافع عرفاً، وإن کانت هی ومالهالمولاها. (الکوه کَمَری). * بجعل الملکیّه للعبد بالنسبه إلی المال، وملکیّه المولی للمال المملوک للعبد،وعلیه فالمهر لها وهو ملکها. (المرعشی).

۲- هـذا هو الأظهر. (الفانی). * کما فی فسـخ أحد الزوجین بسـبب عیبٍ من العیوب المعلومه فی صاحبه، وعلیهلا یلزم خُلوّ البیع عـن العـوض لـترتّب السـقوط علی تملّـک الزوجه زوجهـا المتـأخّرعن الزوجیّه، المسـتلزمه لثبـوت المهر، ولاـ یخلـو من منـاقشه. (المرعشی).

۳- وهو الأظهر وإن کان الأحوط التصالح. (عبدالهادی الشیرازی). * کما فی الطلاق قبل الدخول. (المرعشی).

أو ثبوت تمامه(١) وجوه(٢) ، مبتّيه(٣) على أنّه بطلان، أو

١- سقوط جميعه وإن كان قويّاً لكنّه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنّهمعلول لتملّك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخّر عنه في الرتبه ففي رتبه إنشاء البيع يكون ثابتاً على كلّ تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلوّ البيع عن العوض فيشيءٍ من الصور. (جمال الدين الگلپايگاني). * كما في الموت قبل الدخول على ما هو الأقوى. (المرعشي). * لا يبعد أنّه المتعيّن. (الخوئي). * المهر لها أجمع، فقد ملكته جميعه بالعقد، ولا دليل على سقوطه بالانفساخالطارئ، ولا على إلحاقه بالطلاق. (زين الدين).

٢- لا يبعد الأوّل. (السبزواري).

٣- سقوط جميعه وإن كان قويّاً لكنّه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنّهمعلول لتملّك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخّر عنه في الرتبه ففي رتبه إنشاء البيعيكون ثابتاً على كلّ تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلوّ البيع عن العوض فيشيءٍ من الصور. (النائيني). * أوجهها أوّلها. (الإصفهاني). * بعد القطع بأنّ الشراء ليس في حكم الطلاق؛ لعدم الدليل على هذا التنزيل، وعليفرض وجوده فلا يدلّ على عموم التنزيل، فالقول بالسقوط لا تخلو من قوّه، ولمأعرف أنّ ثبوت تمام المهر يترتّب على أيّ الوجوه؟ (صدرالدين الصدر). * الأقوى أنّه لها أجمع؛ لأنّها ملكته بالعقد، ولا دليل على سقوطه، ولا على إلحاقه بالطلاق. (كاشف الغطاء). * وإن كان وجه الأوّل لا يخلو من وجه، لكنّه لا يخلو من الإشكال أيضاً، ثمّ عليتقدير السقوط لا يلزم بطلان الشراء؛ لخلوّ البيع عن العوض؛ لكون السقوط معلولاًلتملّك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخّر عنه رتبه، ففي مرتبه إنشاء البيع المتقدّم على السقوط يكون المهر ثابتاً، فلا يلزم خلوّ البيع من العوض، فتأمّل. (الإصطهباناتي). * في جعلهما المبنى نظر. (المرعشي).

انفساخ(۱) .

ثمّ هل یجری علیها حکم الطلاق قبل الدخول، أوْ لا؟

وعلی السقوط کلّاً إذا اشترته بالمهر الّذی کان لها فی ذمّه السیّد بطل

۱- والأقوی ترتیب آثار البطلان علیه، ویظهر من الجواهر(جواهر الکلام: ۳۰/۲۱۰، آخر المسأله الاُولی من نکاح الإماء.) تسلیم الانفساخ،ولکن لا یساعده أخباره، والأصل أیضاً یقتضی عدم سقوط تمام المهر عنه لولاقیام إجماعٍ علیه. (آقاضیاء). * الظاهر أنّ المراد من البطلان: هو کون العقد کأن لم یکن، ومن الانفساخ: انحلالالعقد من حین الاشتراء، ولا فرق ظاهراً بینهما، إلّا أن یکون المراد بالبطلان :البطلان من الأوّل، وهو لا وجه له، ومقتضی القواعد هو استحقاق تمام المهر أونصفه؛ بناءً علی إلحاقه بالطلاق قبل الدخول لو کان المهر فی ذمّه مولی العبد، وأمّالو کان فی ذمّه نفس العبد فمقتضی القاعده سقوط تمامه؛ لأنّه لا معنی لاِنْ یکون مالکاً لِما فی ذمّه مملوکه. (البجنوردی). * لا یظهر الفرق بین البطلان والانفساخ إلّا إذا اُرید من الأوّل: من الأوّل(کذا فی نسخه الأصل.)، ومنالثانی من حین ظهور السبب، ولا یبعد الأوّل. (عبدالله الشیرازی). * بناءً علی کون الانفساخ من أوّل العقد لا فرق بینه وبین البطلان، بل لا یبعد عدمالفرق بینهما فی ما ذکر لو کان من حینه أیضاً. (السبزواری).

الشراء(۱) ؛ لِلزوم خلوّ(۲) البيع(۳) عن العوض(۴) ، نعم، لا بأس به إذا كان(۵) الشراء(۶) بعد الدخول؛ لاستقرار المهر حينئذٍ.

وعن العلّامه فی القواعد(۷) البطلان إذا اشترته بالمهر الّذی فی ذمّه العبد وإن كان بعد الدخول؛ لأنّ تملّكها له يستلزم براءه ذمّته من المهر، فيخلو البيع

۱- فيه نظر، بل منع. (عبدالهادی الشيرازی). * لا يبطل؛ لأنّ البيع كان مع العوض، وسقوط العوض يستلزم الرجوع إلی بدله، لابطلان البيع. (الفانی). * مشكل، بل ممنوع. (السبزواری).

۲- فيه وفی ما بعده نظر. (حسن القمّی).

۳- إذا كان الفراغ فی رتبهٍ متأخّرهٍ عن البيع؛ لأنّه مترتّب عليه، فلا يعقل أن يكونفی رتبته، فالبيع لا يكون خالياً من العوض فی رتبته، فسقوط المهر فرع الفراغ،والفراغ فرع البيع، فهو متأخّر عن البيع برتبتين. هذا إذا كان قبل الدخول، وأمّا إذاكان بعده فلا إشكال. (صدرالدين الصدر).

۴- لا يلزم ذلك؛ لتأخّر رتبه السقوط علی فرضه عن رتبه البيع، ففی رتبه نفس البيعلم يتحقّق سقوط، إلّا أن يقال بعدم كفايه تقدّم الرتبیّ مع اتّحادهما زماناً، كما هوشأن العلّه والمعلول وهو الصحيح. (البجنوردی).

۵- تبيّن عدم الفرق بين الصورتَين، وكذا بين أن يكون المهر فی ذمّه الزوج أو سيّده،من الحاشيه السابقه(كذا فی أصل النسخَتين.). (جمال الدين الگلپايگانی).

۶- تبيّن عدم الفرق بين الصورتَين، وكذا بين أن يكون المهر فی ذمّه الزوج أو سيّده،من الحاشيه السابقه(كذا فی أصل النسخَتين.). (النائينی).

۷- [۷] قواعد الأحكام: ۳/۵۵.

عن العوض. وهو مبنیّ(۱) علی عدم صحّه(۲) ملکیّه المولی فی ذمّه العبد. ویمکن(۳) منع(۴) عدم الصحّه(۵) مع أنّه لا تجتمع(۶) ملکیّتها له

۱- علی فرض عدم الصحّه إنّما السقوط مترتّب علی الانتقال وما هو لازم هوالثبوت فی رتبهٍ سابقهٍ أو مُقارِنه، کما لا یخفی. (آقاضیاء).

۲- هذا المنع غیر موجّه. (عبدالله الشیرازی). * هذا الوجه ذکره غیر واحدٍ من شرّاح القواعد، لکنّ الظاهر عدم ابتناء خلوّ البیععن الثمن علی ذلک، بل یلزم ذلک ولو علی القول بصحّه ملکیّه المَولی لذمّه عبده؛وذلک لأنّها اشترت عبداً وجعلت ثمنه فراغه ذمّته، وهذا نفع یعود إلی العبد، ولا یعود إلی البائع؛ لأنّ براءته بعد الخروج عن ملکه غیر مرتبطٍ به، فیصدق أنّه بلاثمنٍ یرجع إلی البائع، لکنّ هذا مبنیّ علی أن یکون الثمن براءه ذمّته، لا انتقال ما فیذمّته إلی المولی؛ وعلیه فیأتی حکمه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- صحّه مالکیّه المولی فی ذمّه عبده غیر الضریبه ومال الکتابه مشکله، وسواء صحّأم امتنع ذلک فالمقام أجنبیّ عنه. (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- صحّه مالکیّه المولی فی ذمّه عبده غیر الضریبه ومال الکتابه مشکله، وسواء صحّأم امتنع ذلک فالمقام أجنبیّ عنه. (النائینی). * لمنع المنع وجه موجّه. (المرعشی).

۵- الصحّه فی غیر الضریبه ومال الکتابه محلّ تأمّلٍ وإشکال. (الإصطهباناتی). * هذا المنع غیر موجّه. (البروجردی). * لا وجه للمنع؛ لما ذکرنا فی بعض الحواشی السابقه. (البجنوردی).

۶- یعنی یستحیل أن تجتمع رقبه العبد وما فی ذمّته معاً ملکاً لهما کی یسقط ما فیذمّته بذلک؛ لأنّ ما فی ذمّته من المهر کان قبل البیع ملکاً لها، وکانت رقبته لسیّده،وبالبیع ینتقل کلّ منهما من مالکه إلی مالکٍ آخر، ولا یجتمعان معاً فی ملکها ولو آناًما؛ کی یلزم ما ذکره العلّامه قدّس سرّه من المحذور. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).

ولما فی ذمّته(۱) ، بل ینتقل ما فی ذمّته(۲) إلی المولی(۳) بالبیع حین انتقال(۴) العبد(۵) إلیها.

الولد الحاصل من المملوکین رق وملحق بالحرّ منهما ما لم یکن عن زنا ونحو ذلک

(مسأله ۸) : الولـد بین المملوکَین رِقّ، سواء کـان عن تزویـجٍ مـأذونٍ فیه، أو مجازٍ، أو عن شـبههٍ مع العقـد أو مجرّده، أم عن زناً منهما أو من أحدهما بلا عقد، أو عن عقدٍ معلومِ الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأمّا إذا کان أحد الأبوین حرّاً فالولد حرّ إذا کان عن عقدٍ صـحیح،أو شـبههٍ مع العقد أو مجرّده، حتّی فیما لو دلّست الأمه نفسها بدعواها الحرّیه فتزوّجها حرّ علی الأقوی(۶) ، وإن کان یجب علیه حینئذٍ دفع قیمه الولد إلی مولاها.

۱- فیه إشکال. (المرعشی).

۲- لاـ یخفی أنّ الثمن إن کان نفس ما فی ذمّه العبـد ففی فرض عـدم صـحّه تملّکالمولی ما فی ذمّه عبـده یکون الحکم بصـحّه البیع مسـتلزماً للدور؛ لأنّ صحّه البیعتتوقّف علی قابلیّه الثمن لملکیّه البائع، وهی تتوقّف علی صحّه البیع؛ لأنّ العبد مالم ینتقل إلی الزوجه لم یکن ما فی ذمّته قابلًا لتملّک البائع. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- بائع العبد ثمناً للعبد؛ وبناءً علی هذا یملکه البائع فی ذمّه العبد یتبع به بعد العتق،ویسعی به بعده. (الفیروزآبادی).

۴- فکأنّ العبد مشغول الذمّه لمولاه السابق یتبع به بعد العتق. (آقاضیاء).

۵- بجعل ذمّه العبد مشغولهً لمولاه السابق یتبع به بعد العتق، ولا یخلو من شوبالإشکال. (المرعشی).

۶- الأقوائیّه محلّ الإشکال والتأمّل. (عبدالله الشیرازی). * تراجع المسأله الثانیه عشره من هذا الفصل. (زین الدین).

وأمّا إذا كان عن عقدٍ بلا إذنٍ مع العلم(۱) من الحرّ بفساد العقد، أو عن زناً من الحرّ أو منهما(۲) فالولد رِقّ(۳) .

ملکیّه المولود من مملوکین

ثمّ إذا کان المملوکان لمالکٍ واحدٍ فالولد له، وإن کان کلّ منهما لمالکٍ فالولد بین المالکَین(۴) بالسویّه(۵) ، إلّا إذا اشترطا(۶) التفاوت، أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا کان العقد بإذن المالکَین، أو مع عدم الإذن من واحدٍ منهما(۷) .

ص:۳۸۰

۱- ولکن إذا کان بتوقّع الإذن أو رجاء الإجازه فالحکم بالرِقّیه مشکل.(کاشف الغطاء).
۲- إذا کان الحرّ الزانی هو الرجل، ویشکل الحکم إذا کانت الحرّه الزانیه هی المرأه.(زین الدین).
۳- هذا إذا کانت الاُمّ أمه، وأمّا إذا کانت الاُمّ حرّهً فلا یبعد أن یکون الولد حرّاً، وإنکانت الاُمّ زانیه. (الخوئی).
۴- الحکم فی هذا الفرض مشکل، وکذا فی بقیّه فروض المسأله، والتعلیلاتالمذکوره لا یمکن الاعتماد علیها، فلا یُترک الاحتیاط ما أمکن. (زین الدین).
۵- لا یبعد أن یکون الولد لمالک الأمه علی أساس أنّه نماوها، کما هو الحال فی الحیوانات. (الخوئی). * علی المشهور، لکنّ الخروج عن قاعده تبعیّه الولد للاُمّ فی الملک محلّ تأمّل،وکذا فی ما یتفرّع علیه. (حسن القمّی).
۶- الظاهر أنّه لا أثر لهذا الاشتراط إذا کان علی نحو شرط النتیجه، وبذلک یظهرحال ما بعده. (الخوئی).
۷- لعلّه یرید بذلک وبما بعده عدم العلم بفساد العقد لیکون الوطء شبهه، وإلّا فهوداخل فی ذیل المسأله، وهو قول الماتن: «وأمّا لو کان الولد عن زناً من العبد...» إلیآخره. (الخوئی).

وأمّا إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنّه كذلك(۱) ، ولكنّ المشهور(۲) أنّ الولد(۳) حينئذٍ لمن(۴) لم يأذن(۵) .

ويمكن أن يكون مرادهم فی صوره إطلاق الإذن بحيث يُستفاد منه إسقاط حقّ نمائيّه الولد؛ حيث إنّ مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّه، وإلّا فلا وجه له(۶) . وكذا لو كان الوطء شبههً منهما، سواء كان مع العقد أم شبهه مجرّده فإنّ الولد مشترك.

۱- المسأله محتاجه إلی التأمّل التامّ. (عبدالله الشيرازی).

۲- وهو الأقوی. (الإصطهباناتی، عبدالهادی الشيرازی).

۳- وهو الأصحّ. (محمّد الشيرازی).

۴- وهو الأقوی. (البروجردی).

۵- وهو الأقوی. (النائينی، جمال الدين الگلپايگانی). * وهو الأظهر. (البجنوردی). * لعدم الحرمه لماء المأذون من أحدهما؛ حيث أفرغه فی محلّ لم يؤذَن بالإفراغفيه. (الفانی).

۶- والوجه الّذی ذكر للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسأله تحتاج إلی المراجعه ومزيدالتأمّل. (الإصفهانی). * إلّا الشهره وادّعاء النصّ من بعض المؤيّد بذكره فی الكتب المبتيّه علی ذكر ما فيالنصوص بصوره الفتوی. (محمّد رضا الگلپايگانی). * ما ذكره من الوجه للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسأله محتاجه إلی مزيد التأمّل.(حسن القمّی).

وأمّا لو كان الولد عن زناً من العبد فالظاهر عدم الخلاف فى أنّ الولد لمالك الأمه(۱) ، سواء كان من طرفها شبههً أو زنا.

منع اشتراط رقّيه الولد من الحرّ

(مسأله ۹) : إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ، لا يصحّ اشتراط(۲) رقّيته(۳) على الأقوى(۴) فى ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقدٍ خارجٍ لازم،

ص:۳۸۲

۱- كما سيأتى فى المسأله الخامسه عشره. (زين الدين).

۲- لكونه خلاف الحكم الشرعىّ الاقتضائىّ، وليس الإلحاق من باب الحقّ.(المرعشى). * فيه إشكال، بل منع. (السبزوارى).

۳- صحّه اشتراطها فى ضمن عقد التزويج لا يخلو من وجه. (البروجردى). * الأقوى صحّه هذا الشرط فى ضمن عقد التزويج. (الفانى). * على تأمّل. (محمّد الشيرازى).

۴- ولذا كان المشهور على خلافه؛ لعموم الشرط غير الشامل لِما خالف الكتاب، وأمّاالمطلقات المشتمله على الرِقّيه من النصوص الخاصّه(الوسائل: الباب (۲۰) من أبواب المهور، ح۴.) فهى محموله على التقييد،فحملها على صوره الشرط لا شاهد فيها؛ فحينئذٍ فالأقوى ما أفاده المصنّف ؛خلاف المشهور. (آقاضياء). * بل الأقوى صحّه اشتراطها. (الإصفهانى، عبدالهادى الشيرازى). * بل الأقوى صحّه هذا الشرط ونفوذه إذا كان فى ضمن العقد، وأمّا إذا كان فيضمن عقدٍ خارجٍ لا يخلو من إشكال. (صدرالدين الصدر). * لا ـ قوّه فيه، والمشهور على خلافه؛ لعموم أدلّه الوفاء بالشروط، وعدم كونهمخالفاً للكتاب، ولا لمقتضى العقد. (البجنوردى). * الأقوائيّه محلّ التأمّل. (عبدالله الشيرازى). * فى القوّه إشكال. (حسن القمّى).

ولا يضرّ بالعقد إذا كان فی ضمن عقدٍ خارج.

وأمّا إن كان فی ضـمن عقد التزويج فمبنیّ علی فساد العقد بفساد الشرط، وعدمه، والأقوی عدمه. ويحتمل(۱) الفساد(۲) ، وإن لم نقـل به فی سائر العقود إذا كان مَن له الشـرط جاهلاً بفساده(۳) ؛ لأ‌نّ فی سائر العقود يمكن جبر تخلّف شـرطه(۴) بالخيار، بخلاف المقام(۵) ؛ حيث إنّه لا يجری خيار(۶) الاشتراط فی النكاح. نعم، مع العلم بالفساد لا فرق؛ إذ

۱- احتمالاً ضعيفاً. (الفيروزآبادی). * بعيداً جدّاً. (الإصفهانی).

۲- بل الأقوی عدم الفساد، وهذا الاحتمال ضعيف. (زين الدين). * بعيد. (حسن القمّی).

۳- وكان المورد من باب التقييد بنحو وحده المطلوب، فالإطلاق فی العباره محلّ نظر. (المرعشی).

۴- الشرط الفاسد لا يوجب الخيار فی سائر العقود أيضاً. (الخوئی).

۵- ولكنّه لا يـوجب الفرق. (الكـوه كَمَری). * هـذا الفرق غير فـارق، مع أنّ الخيـار بتخلّـف الشـرط الفاسـد غير مـذكورٍ فی كلماتالعلماء، نعم، فی الجواهر لا بأس بالالتزام به. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۶- فی المسأله مجال التأمّل، ولقـد أجاد فی الجواهر حيث قال: «إنّ مقتضـی القاعـدهجريان خيار تخلّف الشـرط فی باب النكاح أيضاً»(جواهر الكلام: ۳۰/۲۱۶، المسأله الثانيه.)، فراجع. (آقاضياء). جواهر الكلام: ۳۰/۲۱۶، المسأله الثانيه.

لا خیار(۱) فی سائر العقود أیضاً(۲) .

تزوّج الحرّ مملوکه غیره وحکم الولد والمهر

(مسأله ۱۰) : إذا تزوّج حرّ أمهً من غیر إذن مولاها حرم علیه وطوها وإن کان بتوقّع الإجازه. وحینئذٍ فإن أجاز المولی کشف عن صحّته علی الأقوی من کون الإجازه کاشفه(۳) ، وعلیه المهر، والولد حرّ، ولا یحدّ حدّ الزنا(۴) وإن کان عالماً بالتحریم، بل یُعزَّر.

وإن کان عالماً بلحوق الإجازه فالظاهر(۵) عدم الحرمه(۶) ، وعدم التعزیر

۱- هذه الدعوی واضحه المنع، کما تقدّم فی نظائر المقام. (النائینی، جمال الدینالگلپایگانی).

۲- إن رجع إلی إسقاط العمل بالشرط عرفاً، وسیأتی فی الاُولی من المسائل المتفرّقهبعض ما یرتبط بالمقام. (السبزواری). * فیه نظر وإشکال. (حسن القمّی).

۳- الإجازه ناقله، فیترتّب علی الوطء السابق آثاره من الحرمه وغیرها. (الفانی).

۴- وکذلک علی القول بالکشف الانقلابیّ کما هو الأقوی؛ فإنّ العقد وإن کان باطلاًقبل الإجازه والوطء حراماً ولکنّ الحکم قد تبدّل بالإجازه، فحکم الشارع بصحّهالعقد، وحلّ الوطء من حین وقوعهما، فلا یحدّ بعد ذلک حدّ الزنا، بل یُعَزَّر. (زین الدین).

۵- بل الظاهر أنّ الإجازه بناءً علی الکشف إنّما تؤثّر من حین حصولها، لا من حینالعلم بوقوعها. (صدرالدین الصدر).

۶- بل الظاهر ثبوتها حتّـی علی الکشـف علی المختار المشهور، لا الکشف المرضیّلدی الفصول. (آقاضیاء). * بل الظاهر ثبوت الحرمه؛ حتّی مع علمه بلحوق الإجازه علی الصحیح فی معنیالکشف، وإن أمکن القول بعدم ثبوت التعزیر؛ لثبوت الخلاف فی المسأله. (الکوه کَمَری). * محلّ إشکال. (البروجردی). * بل الظاهر هی الحرمه إن تصرّف فیها؛ لأنّه فی وقت التصرّف فی مال الغیر لاإذن، ولا إجازه الإنباء علی الکشف الحقیقیّ. (البجنوردی). * فیه إشکال. (المرعشی). * بل الظاهر هو التحریم، ولا ینافی ذلک الحکم بعدم الحرمه بعد الإجازه، وکذلکالحال فی التعزیر، إلّا إذا فُرِض أنّه کان مشتبهاً. (الخوئی). * بل الظاهر الحرمه علی ما هو الصحیح من معنی الکشف، نعم، یمکن القول بعدمالتعزیر؛ لوقوع الخلاف فیه، والحدود تُدرَأ بالشبهات. (محمّد رضا الگلپایگانی). * أمّاعلی الکشف الانقلابیّفالحکم قبل تحقّق الإجازه هوالتحریم وإن کان یعلم بلحوقالإجازه، فإذا لم یُحدَّ حتّی تحقّقت الإجازه کان علیه التعزیر، وسقط الحدّ. (زین الدین). * بناءً علی الکشف الحقیقیّ، وإلّا ففیه إشکال. (حسن القمّی).

أيضاً(۱) .

وإن لم يُجِزِ المولی کشف عن بطلان التزویج، ویُحَدّ حینئذٍ حدّ الزنا إذا کان عالماً بالحکم، ولم یکن مشتَبهاً من جههٍ اُخری،وعلیه المهر بالدخول، وإن کانت الأمه(۲) أیضاً عالمهً(۳)

۱- بناءً علی الکشف الحقیقیّ. (السبزواری).

۲- قد مرّ فی المسأله الخامسه والعشرین(کذا فی نسخه الأصل، والظاهر أنّ الصحیح (الخامسه عشره) من فصل (لا یجوز التزویج فی عِدّهالغَیر). فلاحظ ما بعده.) فی الفصل الرابع ما یخالف ذلک.(الإصطهباناتی).

۳- قد تقدّم منه قدّس سرّه خلاف ذلک فی المسأله الخامسه عشره من الفصل الرابع. (البروجردی). * فیه إشکال، بل منع، وقد تقدّم منه ما یخالف المقام فی المسأله (۱۵) من فصل: لایجوز التزویج فی عدّه الغیر. (السبزواری). * تقدّم منه قدّس سرّه ما ینافی ذلک. (محمّد الشیرازی).

على الأقوى(۱) . وفى كونه المسمّى(۲) ، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكراً، ونصفه إن كانت ثَيّباً وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير(۳) ، ويكون الولد لمولى الأمه.

وأمّا إذا كان(۴) جاهلاً بالحكم، أو مشتبهاً من جهةٍ اُخرى فلا يُحَدّ، ويكون الولد حرّاً(۵) .

ص:۳۸۶

۱- فى ثبوت المهر فى هذا الفرض إشكال. (الخوئى). * تقدّم من المصنّف تقويه عدم استحقاق المهر، فلا وجه لكونه المسمّى أو مهرالمثل، وينحصر فى الأخير بعنوان الأرش بلا ترديد. (حسن القمّى).

۲- ما أفاده هنا غير ملائم؛ لِما مرّ فى المسأله (۱۵) من تقويه عدم استحقاقها المهر.(المرعشى).

۳- بل مهر المثل أقوى. (كاشف الغطاء). * وهو الأقوى كذلك، ولكنّه أرش لا ـ مهر، كما تقدّم فى المسأله الخامسه عشره منفصل: لا يجوز التزويج فى عدّه الغير. (زين الدين).

۴- فيه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

۵- حرّيّه الولد إذا كانت الشبهه من جهه جهله بالحكم أو احتماله الإذن من مولاهامحلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من وجه. (البروجردى). * إذا كان جهله بالحكم عن قصور. (عبدالهادى الشيرازى). * لأصاله عدم المملوكيّه، ولِما يُستفاد من أخبار التزويج على أنّها حرّه بعد إلغاءخصوصيّه العقد، وإلحاقاً للشبهه بالعقد، حتّى فى أنّ الولد تابع للحرّ من الوالدين.(محمّد رضا الگلپايگانى).

نعم، ذكر بعضهم(۱) : أنّ عليه قيمته يوم(۲) سقط(۳) حيّاً(۴) . ولكن لا دليل عليه(۵) . . . .

۱- [۱] المبسوط :۱ ۲۳۱، مختلف الشیعه: ۷/۲۵۵، إیضاح الفوائد: ۳/۱۴۳، المهذّب البارع: ۳/۳۳۱،جامع المقاصد: ۱۳/۸۱، مسالك الأفهام: ۸/۱۹.

۲- وهو الصحیح؛ إذ الاستیلاد لکونه استیفاءً لهذه المنفعه من أمه الغیر، فیضمنهاالمستوفی لها، وتکون العبره بیوم سقوطه حیّاً من ذلك، وهذا هو المراد من تفویتالمنفعه فی المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استیفاء، کما توهّم. (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- وهو الصحیح؛ إذ الاستیلاد لکونه استیفاءً لهذه المنفعه من أمه الغیر، فیضمنهاالمستوفی لها، وتکون العبره بیوم سقوطه حیّاً من ذلك، وهذا هو المراد من تفویتالمنفعه فی المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استیفاء، کما توهّم. (النائینی).

۴- بل قیمه یوم یصیر إلیه؛ لأنّه یوم استلام الأب ابنه، ویدلّ علی ذلك أیضاً موثقهسماعه(الوسائل: الباب (۶۷) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح۵.) وغیرها. (الفانی). * هذا هو الصحیح؛ لمعتبره سماعه وغیرها، وعلیه فمن الغریب من الماتن قدّس سرّه حیثإنّه نفی الدلیل علیه فی المقام؛ وذلك لأنّ مورد الروایات هو هذا المقام، وهو ما إذاکان الواطئ جاهلاً بالحکم، أو مشتبهاً. (الخوئی).

۵- یمکن استفادته من أخبار متفرّقه، فلیراجع. (الإصفهانی). * إن أغمض عن موثّقتَی سماعه(المصدر السابق نفسه.) وجمیل(الوسائل: الباب (۸۸) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح۵.) عن الصادق علیه السّلام . (المرعشی). * بل هو ظاهر النصوص المتفرّقه الدالّه علی ضمان قیمه الولد فإنّه إنّما یکون ولداًبولادته حیّاً. (زین الدین).

فی المقام(۱) .

ودعوی(۲) أنّه تفویت لمنفعه الأمه کما تری(۳) ؛ إذ التفویت إنّما جاء من قِبَل حکم الشارع بالحرّیّه. وعلی فرضه فلا وجه لقیمه یوم التولّد، بل

۱- وإن کان علیه الدلیل فی مقامٍ آخر، کما فی الأمه المشتراه جهلاً بحالها فأولدها،ثمّ ظهر کونها مستحقّهً للغیر، لکنّ الظاهر شمول قوله علیه السّلام : «ویأخذ الرجل» أیالمشتری الواطئ ولده بقیمته لغیر مورده، وما ذکره من القاعده خلاف مقتضی النصّوظاهره، ونسبه التفویت إلی الشارع، کما تری. (الفیروزآبادی). * استفاده ذلک ممّا دلّ علیه فی المسأله الآتیه غیر بعیدٍ علی فرض القول بالحرّیّهفی المقام، لکنّه محلّ إشکال، کما مرّ. (البروجردی). * یمکن استفادته من الأخبار الوارده فی اشتراء الأمه فأولدها، ثمّ تبیّن أنّها مالالغیر. (البجنوردی). * الظاهر أنّه نحو استیفاءٍ لمنفعه الأمه عرفاً، فتکون قیمه الولد کعوض المنفعهالمستوفاه، وحیث إنّ یوم الانعقاد من حیث هو لا وجه لاعتباره؛ إذ لا مالیّه فیهأبداً، بل هو طریق محض للبروز والسقوط، فالمدار علی یوم السقوط. (السبزواری). * بل یمکن استفادته من أخبار متفرّقه. (محمّد الشیرازی). * الظاهر أنّ الاستیلاد استیفاء للمنفعه من الأمه، فیضمنها المستوفی لها، ویمکناستفادته من أخبار متفرّقه، ومن خصوص روایه سماعه. (حسن القمّی).

۲- هذه الدعوی لا تخلو من صحّه. (صدرالدین الصدر).

۳- لکن لا یبعد دعوی أنّ ولد الحرّ یُعدّ منفعهً مستوفاهً من أمه الغیر عرفاً، ومعلومأنّه یحسب منفعه یوم ولد حیّاً، ویمکن استفاده ذلک من روایه سماعه بعد حملجمله «یوم تصیر إلیه» علی یوم الولاده، أی یوم تصیر ذاتَ ولدٍ دون یوم التسلیم؛لأنّها بهذا المعنی غیر معمولٍ بها. (محمّد رضا الگلپایگانی).

مقتضی القاعده قیمه یوم الانعقاد(۱) ؛ لأنّه انعقد حرّاً فیکون التفویت فی ذلک(۲) الوقت.

هل للوارث إجازه العقد الواقع علی أمهٍ مُورِّثه؟

(مسأله ۱۱) : إذا لم یُجِزِ المولی العقـد الواقع علی أمته، ولم یردّه أیضاً حتّی مات، فهل یصحّ إجازه وارثه له، أم لا؟ وجهان(۳) ، أقواهما(۴) العدم(۵) ؛

۱- لکن لا مالیّه له إلّا بلحاظ حین التولّد. (الکوه کَمَری). * ولکنّ ظاهر النصوص قیمه یوم الولاده. (البجنوردی). * لو لم یکن الدلیل النصّ التعبّدیّ، ثمّ لا یخفی أنّ مالیّه یوم الانعقاد لیس إلّابلحاظ حال التولّد. (المرعشی).

۲- لکن فی ذلک الوقت لم یکن متموّلاً حتّی یُقَوَّم، وإنّما یُقَوَّم ویُتَمَوَّل حال سقوطهحیّاً، فالعبره بتلک الحال. (الإصفهانی).

۳- للصحّه وجه، ولکنّ الاحتیاط لا یُترک. (زین الدین).

۴- بل الأقوی نفوذ إجازته، ولیس المحـذور المتوهّم فی المقام کونه من قبیل «مَنباع شـیئاً ثمّ ملک»، وإنّما المتوهّم هو کونه من قبیـل مغـایره المالـک حـال العقـد للمالکحـال الإجـازه، وخروج العقـد بـذلک عن صـلاحیّه أن یجیزه المالـک الثـانی علی کلٍّ منـالکشف والنقل، ومنشأ ذلک هو قیاس ملک الوارث بالانتقال إلی الأجنبیّ مع مابینهما من البون البعیـد؛ فإنّ ملک الوارث هو بعینه ملک المورّث، وبموته یقوم وارثهمقامه فی قیام تلک الإضافه بجمیع شوونها الّتی منها السـلطنه علی إجازه العقدالواقع علی ذلـک المال، وصـلاحیّتها للتأثیر علی کلٍّ من الکشف والنقل؛ وعلی هـذایبتنی بقاء الحقوق المتعلّقه بـذلک المال ممّا یکون من قبیـل حقّ الرهـانه ونحوهـا معالانتقـال إلی الـوارث بحالهـا، بخلاـف مـا إذا انتقـل إلی الأـجنبیّ فی جمیع ذلـک.(جمـال الـدین الگلپایگانی).

۵- بل الأقوی نفوذ إجازته، ولیس المحـذور المتوهّم فی المقام کونه من قبیل «مَنباع شـیئاً ثمّ ملک»، وإنّما المتوهّم هو کونه من قبیـل مغـایره المالـک حـال العقـد للمالکحـال الإجـازه، وخروج العقـد بـذلک عن صـلاحیّه أن یجیزه المالـک الثـانی علی کلٍّ منـالکشف والنقل، ومنشأ ذلک هو قیاس ملک الوارث بالانتقال إلی الأجنبیّ مع مابینهما من البون البعیـد؛ فإنّ ملک الوارث هو بعینه ملـک المورّث، وبموته یقوم وارثهمقـامه فی قیام تلک الإضافه به بجمیع شوونها الّتی منها السـلطنه علی إجازه العقـدالواقع علی ذلک المال، وصـلاحیّتها للتأثیر علی کلٍّ من الکشف والنقل؛ وعلی هـذایبتنی بقاء الحقوق المتعلّقه بذلک المال ممّا یکون من قبیـل حقّ الرهـانه ونحوهـا معالانتقـال إلی الوارث بحالهـا، بخلاـف ما إذا انتقل إلی الأجنبیّ فی جمیع ذلک.(النائینی). * بل الصـحّه أقوی، ولیس هو من بـاب مَن بـاع ثمّ ملـک، بـل حقّ إجـازه المورّثانتقـل إلی الوارث. (کـاشف الغطـاء). * محلّ التأمّل والنظر. (عبـدالله الشـیرازی). * الأـقوی الصـحّه، ولیس المقـام نظیر مَن بـاع شـیئاً ثمّ ملـک، وعلی فرض کونه منهفالأقوی صـحّه الإجازه أیضاً. (الفانی). * کونه أقوی مشکل، بل ممنوع. (السبزواری). * بل نفوذ إجازه الوارث لا یخلو من قوّه، ولکن لا یُترک مقتضی الاحتیاط. (حسنالقمّی).

لأنّها على فرضها كاشفه، ولا يمكن(١) الكشف(٢) هنا(٣) ؛ لأنّ المفروض أنّها

١- لاجتماع المالكَين. (المرعشى).

٢- فى عـدم إمكان الكشف فى المقام نظر؛ بناءً على المختار فى معنى الكشف،والفارق بين المقام وبين بيع ما ليس عنـده النصّ المخصوص بالبيع دون المقام،فتأمّل. (آقاضياء).

٣- فيه تأمّل. (محمّد الشيرازى).

كانت للمورّث، وهو نظير(۱) من باع(۲) شيئاً(۳) ثمّ ملك(۴) .

ص:۳۹۱

۱- والفارق تغاير المالک الثانی مع الفضولیّ فی المشبّه، واتّحادهما فی المشبّهِ به.(المرعشی).
۲- فی جواز إجازه مَن لم یکن مالکاً حین البیع ثمّ ملک، سواء کان هو البائع أم غیرهبحث فی محلّه. (الکوه کَمَری). * أی یکون نظیره فی مغایره المالک حین العقد لمالکٍ حال الإجازه، ولکنّ تلکالمغایره فی المقام لیست علی حدّها فی غیره أو فی المقام لیس الانتقال(کذا فی الأصل، والظاهر أنّ الصحیح (ولیس الانتقال).) إلیالوارث نظیر الانتقال من المالک الأوّل إلی الأجنبی؛ فإنّ ملک الوارث کأنّه ملکالمورّث، وبموته یقوم الوارث مقامه فی قیام تلک الإضافه بجمیع شؤونها الّتی منهاالسلطنه علی إجازه العقد الواقع علی ذلک المال وصلوحها للتأثیر مطلقاً، سواء قلنابالنقل أم الکشف، ومن هذه الجهه یحکم ببقاء الحقوق المتعلّقه بذلک المال للوارثإذا انتقل إلیه. (الإصطهباناتی).
۳- بل هو نظیر ما إذا بیع مال شخصٍ فضولاًـ ثمّ انتقل إلی شخصٍ آخر قبل إجازهالمالک الأوّل، وفی صحّه إجازه المالک الثانی وعدمها کلام طویل لا یسعه المقام.(الإصفهانی).
۴- بل هو نظیر بیع مال شخصٍ فضولهً ثمّ انتقل قبل إجازه المالک أیضاً قبل ردّه إلیشخصٍ آخر فأجاز المالک الثانی، وما ذکره فی المتن من عدم إمکان الکشف هناصحیح، ولا فرق بین أن یکون المالک الثانی هو وارث المالک الأوّل فی هذا الشکلأو غیره، وما ذکر من الفرق دعوی بلاـ بُرهان. (البجنوردی). * لیس المقام نظیر ذلک، بل هو نظیر ما إذا بیع دار زیدٍ فضولاً، من عَمرو ثمّ انتقلت الدار منه إلی بکر ببیعٍ أو نحوه، فأجاز بَکر ذلک العقد الواقع فضولاً، هذا، مضافاً إلیأنّه قد ثبت صحّه العقد فیمن باع شیئاً ثمّ ملک بالنصّ، وأمّا المقام فلا نصّ فیه،ومقتضی القاعده فیه هو البطلان.(الخوئی). * من حیث وقوع العقد قبل انتقال الملک إلی المجیز، والأقوی اشتراط کونالإجازه من المالک حین العقد. (محمّد رضا الگلپایگانی). * من قبیل اختلاف المالک حین البیع وحین الإجازه، وفی نفوذ الإجازه حینئذٍبحث. نعم، لو کان الاختلاف لأجل الإرث کما فی المقام یکون أخفّ إشکالاً، بلیمکن تقویه النفوذ. (السبزواری).

حکم الأمه المدَلّسه علی الحرّ من جهه النکاح والمهر والولد

(مسأله ١٢) : إذا دلّست أمه(١) فادّعت أنّها حرّه، فتزوّجها حرٌّ ودخل بها، ثمّ تبیّن الخلاف وجب علیه المفارقه(٢) ، وعلیه المهر لسیّدها وهو العُشُر(٣) ونصف العُشُر علی الأقوی، لا المسمّی(۴) ، ولا مهر المثل(۵) . وإن کان أعطاها المهر استردّ منها إن کان موجوداً، وإلّا تَبِعت

ص:٣٩٢

١- هذه المسأله تحتاج إلی مجالٍ واسع، وعدم الابتلاء بها یمنع عن صرف الوقتفیها. (السبزواری).

٢- إن لم یجز مولاها العقد. (صدرالدین الصدر). * علی تقدیر عدم إجازه مولاها العقد. (المرعشی). * إذا لم یُجِزْ مولاها تزویجها. (زین الدین).

٣- کما هو المتراءی من إطلاق صحیحه ابن سیّار(الوسائل: الباب (۴٣) من أبواب القصاص، ح١). (المرعشی).

۴- لمکان فساد العقد. (المرعشی).

۵- لمکان عموم النفی بالبغاء. (المرعشی).

به(۱) بعد العتق(۲) .

ولو جاءت بولدٍ ففی کونه حُرّاً أو رِقّاً لمولاها قولان، فعن المشهور: أنّه رِقّ(۳) ، ولکن یجب علی الأب فَکُّه بدفع قیمته یوم سَقَط حیّاً(۴) ، وإن لم یکن عنده ما یفکّه به سعی فی قیمته، وإن أبی وجب علی الإمام علیه السّلام دفعها من سهم الرقاب(۵) ، أو من مطلق بیت المال.

ص:۳۹۳

۱- کسائر دیونه، وخبر ابن الولید مُأوَّل، أو مطروح. (المرعشی). * هذا خلاف النصّ، ففی صحیح ابن الولید «وإن لم یجد شیئاً فلا شیء له» لکن لمّاکان الظاهر من بعضٍ أنّ الحکم من المسلّمات فالأحوط التصالح فی ما تلف منالمهر. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- هذا الحکم وإن کان مشهوراً بین الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات إلّا أنّهمشکل جدّاً، بل لا یبعد عدمه بمقتضی قوله علیه السّلام فی صحیحه الولید بن صبیح: «وإنلم یجد شیئاً فلا شیء له علیها»(الوسائل: الباب (۶۷) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح۱.) فإنّه ینافی ثبوت شیءٍ علیها فی ذمّتها. (الخوئی). * فیه نظر؛ لأجل دلاله ظاهر النصّ بأنّه لا شیء له مع عدم کونه موجوداً. (حسنالقمّی).

۳- وهو الأقوی. (الفیروزآبادی).

۴- بل قیمه یوم یصیر إلی أبیه؛ لموثّقه سماعه(المصدر السابق: ح۵.)، کما مرّ. (الفانی). * فیه إشکال؛ ولاحتمال قیمه یوم الدفع وجه؛ بالنظر إلی ظاهر بعض النصوصوإطلاق الآخر. (المرعشی).

۵- لا یخلو هو وما یلیه من شوب الإشکال. (المرعشی).

والأقوى كونه حرّاً(۱) کما(۲) فى سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنّه لا إشكال فى كون الولد حرّاً، فلا خصوصيّه لهذه الصوره. والأخبار(۳) الدالّه على رقّيّته(۴) . . . .

ص:۳۹۴

۱- الأقوائيّه غير معلومه؛ لأنّ المسأله محلّ البحث الطويل. (عبدالله الشيرازى). * إذا كان الرجل قد اعتمد فى تزويجه من الأمه على بيّنهٍ شهدت لها بالحرّيّه، وأمّاإذا اعتمد على أصل الحرّيّه، أو على مجرّد دعواها ذلك فالظاهر أنّ الولد رقّ،وعلى الأب أن يفكّه بالقيمه، ولا موجب للتصرّف فى الأخبار الدالّه على الرِقّيه.(زين الدين).

۲- بل الأقرب بمقتضى الجمع بين الأخبار هو ما تضمّن موثّقه سماعه وفيها ولدهمملوكون، إلّا أن يقيم البيّنه أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّه فلا يملك ولده ويكونونأحراراً، وعلى الأب بمقتضى الخبر الآخر فكّهم بالقيمه. (حسن القمّى).

۳- [۳] الوسائل: الباب (۶۷) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح۷ و۸.

۴- الصحيح فى المقام أن يقال: إنّ مقتضى عدّهٍ من الروايات العامّه(الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب نكاح العبيد والإماء، أحاديث الباب.): أنّ الولد حرّإذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطء صحيحاً ولو كان شبهه، ولكن لابدّ منرفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الوارده فى المقام، المفصِّله بين ما إذاكان الوطء بالشبهه مستنداً إلى بيّنه شرعيّه، وما إذا لم يكن مستنداً إليها، فعلى الأوّلالولد حرّ، وعلى الثانى رِقٌّ، فهذه الصوره _ بمقتضى هذه الروايات _ خارجه عنتلك المطلقات رغم أنّ الوطء فيها كان بشبهه، نعم، يجب على أبيه أن يفكّه عنالرِقِّيه بإعطاء قيمته لمولى الأمه يوم سقط حيّاً، وهو اليوم الّذى يصير إليه، كما فيموثّقه سماعه، وإن لم يكن عند الأب ما يفكّه به سعى فى قيمته وإن أبى فعلى الإمام عليه السّلام أن يفديه، وبذلك يظهر الحال فى ما بعده. (الخوئى).

منزّله(۱) على أنّ للمولى أخـذه ليتسـلّم القيمه، جمعاً بينها وبين ما دلّ على كونه حرّاً. وعلى هـذا القول أيضاً يجب عليه ما ذُكِر: من دفع القيمه(۲) ، أو السعى، أو دفع الإمام عليه السّلام ، لموثّقه سماعه(۳) .

هذا كلّه إذا كان الوطء حال اعتقاده كونها حرّه، وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمهً فالولد رِقّ؛ لأنّه من زناً حينئذٍ.

۱- أو مردوده. (المرعشی).

۲- لكنّ دفعهـا على هـذا القول من بـاب الضـمان، لا ـ لأجـل فكّه من الرِقّيه، ومقتضاهقيمه يوم وضـعه حيّاً، كما مرّ، وهو خلاف صريح موثّقه سـماعه؛ حيث جعل فيهالعبره بقيمه الولد حين تسـليمه إلى أبيه الّذى ولّده، فالظاهر أنّ الموثّقه أجنبيّه عنهذا القول، بـل تنـاسب القـول المشـهور. (الإصـفهانی). * وكـذلک فی صـوره شـهاده الـبيّنه لهـا بـالحرّيّه على مـا اخترنـاه مـن حرّيّه الـولد فيها؟والمراد من القيمه هنا هى قيمه الولد يوم سقوطه حيّاً، وأمّا فى الصوره الثانيه الّتيقلنافيهابرِقّيّه الولدفهل يفكّه الأب بدفع قيمته يوم سقوطه حيّاً، أو بقيمته يوم الدفع؟فيه إشكال، فلا يُترک الاحتياط ولو بالتصالح، وتُراجَع المسأله العشرون. (زين الدين).

۳- فى دلالتها تأمّل، مضافاً إلى إعراض المشـهور عنها. (صدرالدين الصدر). * لكن مع طرح ما كان مخالفاً لعمل الأصحاب من مفادها، وهو كون العبره بقيمتهيوم تسـليمه إلى أبيه. (الإصـطهباناتی). * بعد ترک ما كان من مضمونها مخالفاً لعمل الأصحاب؛ من كون العبره بقيمته يوم تسليمه إلى أبيه. (البروجردی). * ولا يضرّ اشتمالها على ما ليس بمفتىً به عندنا، لِما تقرّر فى محلّه من باب التراجيح فى الاُصول وفى علم الدرايه: أنّ اشتمال الخبر على جمله ليست بمعمولهلا يوجب سقوط حجّيّته بالنسبه إلى جملها الاُخر. (المرعشی). * على ما مرّ لها من المعنى. (محمّد رضا الگلپايگانی).

بل وکـذا لو علم سَـبق رِقّیّتها فادّعت أنّ مولاها أعتقها، ولم یحصل له العلم بذلک، ولم یشـهد به شاهدان(۱) فإنّ الوطء حینئذٍ أیضاً لا یجوز؛

لاستصحاب(۲) بقائها(۳) علی الرِقّیّه(۴) ، نعم، لو لم یعلم(۵) سَبق رِقّیّتها جاز له التعویل علی قولها؛ لأصاله الحرّیّه.

فلو تبیّن الخلاف لم یحکم(۶) برِقّیّه الولد(۷) ، وکذا مع سَبقها مع قیام

۱- ولم یکن مصداقاً للواطئ بشـبههٍ کان زعم عدم حجّیّه الاستصـحاب فی حقّه، أو اعتقد حجّیّه قولها، أو حصل القطع من قولها ونحوها من موجبات الشـبهه.(المرعشـی). * ولم یتحقّق شـیء آخر یصحّ الاعتماد علیه، أو اعتقد صـحّه الاعتماد علیه ولولاعتقاد عدم حجّیه الاستصحاب؛ حیث إنّ الولد فی جمیع ما ذکر ولد شبههٍ وحرّ.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- بناءً علی عدم حجّیّه الدعوی بلا معارض، وإلّا فهو حاکم علی الأصل المزبور.(آقاضیاء). * مع توجّهه إلی حجّیّته فی المورد.(المرعشی).

۳- لو لم یکن إخبارها بالحرّیّه مقدّمهً علیه. (السبزواری).

۴- هـذا إذا لم تکن شـبهه، وإلّا ــ کما إذا اعتقـد أنّ قولها حجّه فتزوّجها ثمّ وطأها ــکان الوطء وطء شـبهه، وحکمه ما عرفت، بالإضافه إلی الولد، یعنی أنّ الولد رقّ،ولکن یجب علی أبیه فکّه، علی ما تقدّم. (الخوئی).

۵- ولو لم یعلم بحجّیّه الاستصحاب، أو اعتقد حجّیّه قولها وإن لم یحصل له العلمکان شبهه، والولد حرّ. (الکوه کَمَری).

۶- وقد سبق بیان الحکم فیه، فلیُلاحَظ. (زین الدین).

۷- علی مختاره. (الفیروزآبادی).

البیّنه(۱) علی دعواها.

زواج العبد بحرّه من دون إذن مولاه وإجازته وحکم الولد

(مسأله ۱۳) : إذا تزوّج عبد بِحُرّهٍ من دون إذن مولاه ولا إجازته کان النکاح باطلاً، فلا تستحقّ مهراً ولا نفقه. بل الظاهر أنّها تُحَدّ حَدّ الزِنا إذا کانت عالمهً بالحال، وأنّه لا یجوز لها ذلک، نعم، لو کان ذلک لها بتوقّع الإجازه واعتقدت جواز الإقدام حینئذٍ بحیث تکون شبههً فی حقّها لم تُحَدّ، کما أنّه کذلک(۲) إذا علمت(۳) بمجیء الإجازه(۴) .

وأمّا إذا کان بتوقّع الإجازه وعلمت مع ذلک بعدم جواز ذلک فتُحَدّ مع

۱- أو حصول شبههٍ له، کما فصّلنا فی الحاشیه السابقه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- فی عدم الحدّ وإن کان الوطء محرّماً، کما مرّ نظیره. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- قد عرفت عدم کفایه العلم بذلک علی التحقیق فی معنی الکشف الحقیقیّ.(الکوه کَمَری). * فیه تأمّل، إلّا علی بعض الوجوه فی الکشف الّذی لا نقول به. (صدرالدین الصدر). * بناءً علی الکشف الحقیقیّ، وإلّا ففیه إشکال ونظر، کما مرّ نظیره. (حسن القمّی).

۴- أی وإن لم تجیء الإجازه. (الفیروزآبادی). * لا یفید العلم بلحوق الإجازه فی درء الحدّ إلّا إذا کان سبباً للشبهه؛ لاعتقاد جوازالإقدام. (الفانی). * مجرّد العلم بتحقّق الإجازه فیما بعدُ لا یوجب سقوط الحدّ عنها ما لم تتحقّق فی الخارج، إلّا إذا کانت مشتبههً وکانت معتقدهً بالجواز فی هذا الفرض. (الخوئی). * وکان ذلک شبههً فی حقّها، فلا تُحدّ حینئذٍ، وأمّا إذا انتفت الشبهه فی حقّهافالظاهر لزوم الحدّ، فإذا هی لم تُحَدَّ حتّی حصلت الإجازه سقط عنها الحدّ، علی ماهو المختار من الکشف الانقلابیّ، ولزم التعزیر، وقد تقدّم نظیر ذلک فی المسألهالعاشره. (زین الدین).

عدم حصولها(۱) ، بخلاف ما إذا حصلت(۲) فإنّها تُعَزَّر حينئذٍ؛ لمكان تجرّيها(۳) .

وإذا جاءت بولدٍ فالولد لمولى(۴) العبد(۵) مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً(۶) أيضاً؛ لقاعده النمائيّه(۷) بعد عدم لحوقه بالحرّه.

ص:۳۹۸

۱- بل قبل حصولها، كما تقدّم فی التعليقه السابقه. (زين الدين).

۲- بل وإن حصلت. (الفانی).

۳- بل لفعلها الحرام. (الكوه كَمَری). * بل لارتكابها المحرّم واقعاً فی ظرفه. (الخوئی). * بل لِما فعلت من الحرام. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لا يخلو من إشكال. (محمّد الشيرازی).

۴- على إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

۵- إطلاق الحكم لا يخلو من إشكال. (المرعشی). * فيه نظر. (حسن القمّی).

۶- فيه تأمّل، وفی التعليل نظر أيضاً؛ فإنّ النمائيّه لعلّها فی نظر العرف تقتضی الإلحاق بالاُمّ فی الأنساب، كما فی سائر الحيوانات، وعدم ثبوت النسب بالزنا لايُثبِت مرامه. (الفيروزآبادی). * الولد فی هذه الصوره أيضاً حرّ، وخبر العلاء(الوسائل: الباب (۱۱) من أبواب العيوب والتدليس، ح۱.) معارض مع صحيح محمّد بنمسلم(الوسائل: الباب (۱۱) من أبواب العيوب والتدليس، ح۳.) (الباب ۱۱ من العيوب) من كتاب الوسائل. (الفانی).

۷- جريان تلك القاعده بالنسبه إلى الأب مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً، نعم، الحكم مشهور، والنصّ عليه مفقود، وتوهّم دلاله خبر العلاء عليه خطأ؛ لأنّ مورده علمالعبد واشتباه الحرّه، ولا عامل به فی مورده أيضاً. (البروجردی). * هذا التعليل عليل. (البجنوردی). * مجیء قاعده النمائيّه بالنسبه إلى الأبّ مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً. (عبدالله الشيرازی). * إجراؤها مطلقاً لا يخلو من الإشكال. (المرعشی). * لم تثبت هذه القاعده فی طرف العبد، وإنّما هی ثابته من طرف الأمه، وعليتقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرّد عن العقد الفاسد والزنا المقرون به، ولا دليلعلى هذا الفرق أصلاً، وأمّا إذا كان المدرك لذلك روايه العلاء بن رَزِين فهی ضعيفهسنداً، ولو تمّت الروايه لم يختصّ الحكم بصوره العلم، بل يعمّ صوره الجهل أيضاً،مع أنّ الماتن قدّس سرّه قد حكم فی صوره جهل المرأه بكون الولد حرّاً. (الخوئی). * تماميّه تلك القاعده فی طرف الأب مشكله، نعم، يمكن التمسّك بخبر علاء بعدحمله على عدم تحقّق الشبهه من طرف الزوجه؛ لأنّها كانت مكلّفةً بالتفحّص،وزوّجت نفسها متساهلةً فی التكليف. (محمّد رضا الگلپايگانی).

وأمّا إذا كانت جاهلةً بالحال فلا حَدّ، والولد حُرّ(۱) ، وتستحقّ علیه المهر یَتبع به بعد العتق.

زنا العبد بحرّه من غیر عقد

(مسأله ۱۴) : إذا زنی العبد بِحُرّه من غیر عقدٍ فالولد حرّ(۲) وإن کانت

۱- إلحاقاً للشبهه بالعقد الصحیح، حتّی فی أنّ الولد تابع لأشرف أبویه فی الحرّیه.(محمّد رضا الگلپایگانی). * إطلاق الحکم بحرّیه الولد محلّ تأمّل. (حسن القمّی).

۲- بناءً علی عدم جریان قاعده تبعیّه النماء. (المرعشی). * لأصاله عدم الرِقّیه، وعدم تمامیّه قاعده النماء فی طرف الأب، کما مرّ، وعدمشیءٍ آخر یقتضی الرِقّیه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * إذا کانت الحرّه مشتبهه، وأمّا إذا کانت زانیهً فالحکم فی الولد مشکل، والفرقبین الزنا المجرَّد عن العقد والزنا المقرون بعقدٍ یعلم فساده فی غایه البعد، وخبرالعلاء بن رزین(الوسائل: الباب (۲۸) من أبواب نکاح العبید، ح ۱.) مع ضعفه لا عامل به. (زین الدین).

الحرّه أيضاً زانيه(۱) . ففرق(۲) بين(۳) الزنا(۴) المجرّد عن عقدٍ(۵) والزنا المقرون به(۶) مع العلم بفساده، حيث قلنا(۷) : إنّ الولد لمولى العبد.

۱- الحكم فى هذه الصوره محلّ إشكال، والفرق بين الزنا المجرّد والمقرون بالعقدالفاسد فى غايه البعد. (البروجردى).

۲- والفارق النصّ. (صدرالدين الصدر).

۳- مع التأمّل فى الفرق وفى الحكم الأوّل والنصّ الّذى أنّه الفارق ضعيف. (حسنالقمّى).

۴- لم نظفر على الفارق. (الفانى). * لو جعل الفارق النصّ بناءً على المستظهر منه، وإلّا فالفرق مشكل، كما أنّالاستظهار المذكور أشكل. (المرعشى). * والفارق خبر علاء، على ما مرّ من معناه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * وهو خبر ابن رزين، ولكنّه قاصر سنداً، ومهجور عملاً. (السبزوارى).

۵- تقدّم أنّه لا فرق بينهما. (الخوئى).

۶- والفارق هو النصّ الوارد فى أنّ الولد لمولى العبد فى الثانى دون الأوّل.(الإصفهانى، الإصطهباناتى).

۷- كما تقدّم سابقاً. (آقاضياء).

زنا الحرّ بأمه وكذا العبد بأمه الغير

(مسأله ۱۵) : إذا زنى حُرّ بأمةٍ فالولد لمولاها، وإن كانت(۱) هى أيضاً زانيه(۲) . وكذا لو زنى عبد بأمه الغير فإنّ الولد لمولاها(۳) .

تحليل المولى أمته لعبده وتزويجها منه وفروع ذلك

(مسأله ۱۶) : يجوز للمولى تحليل أمتِه لعبده، وكذا يجوز له أن يُنكِحَه إيّاها. والأقوى أنّه حينئذٍ نكاح، لا تحليل. كما أنّ الأقوى كفايه(۴) أن يقول(۵) . . . .

۱- لا يخلو من الإشكال، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشى).

۲- محلّ تأمّل، وكذا ما بعده. (البروجردى). * لفحوى ما دلّ عليه فى الأمه المدلّسه مع عدم الشبهه من طرف الزوج، لكنّ الإنصاف أنّ الفرق بين زنا العبد بالحرّه وزنا الحرّ بالأمه محلّ إشكال؛ لتحقّقالفحوى فى المسألتين. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- لقاعده النماء. (محمّد رضا الگلپايگانى). * لا يخلو من إشكال. (حسن القمّى).

۴- لكنّ الأحوط عدمها. (عبدالله الشيرازى). * مشكل، وكذا ما بعده. (السبزوارى). * خلاف الاحتياط، وكذا الفرع التالى. (محمّد الشيرازى). * فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط بالقبول. (حسن القمّى).

۵- فى الاكتفاء بصرف الإيجاب فى هذه الموارد نظر جدّاً، والتعليلان عليلان،فيشمله إطلاق معاقد الإجماعات من أنّ النكاح يحتاج إلى العقد ولو من شخصٍواحد، فتدبّر. (آقا ضياء). * فيه إشكال. (الإصفهانى). * بل لا يكفى، وإطلاق الأخبار غير ناظرٍ إلى تلك الجهه. (الكوه كَمَرى). * الأحوط اعتبار القبول فى الجميع، بل فى الوكيل والولىّ لا يخلو من القوّه.(الإصطهباناتى).

له(۱) : أنكحتُكَ(۲) فلانَةَ، ولا يحتاج(۳) إلى القبول(۴) منه أو من العبد؛ لإطلاق(۵) الأخبار(۶)، ولأنّ الأمر بيده(۷) ، فإيجابه مغنٍ عن القبول(۸) ،

بل لا يبعد(۹) أن يكون الأمر . . . .

ص:۴۰۲

۱- لكنّ الأحوط عدمها. (البروجردی).

۲- فی كفایه ذلك بناءً علی انّه نكاح لا تحلیل _ كما قوّاه _ نظر، وكذلك فی ما بعدهمن الولیّ والوكیل. (البجنوردی).

۳- مشكل، فلا یُترك الاحتیاط بالقبول. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- فیه وفیما ألحق به نظر. (الفیروزآبادی). * الأحوط اعتبار القبول فی الجمیع. (عبدالهادی الشیرازی).

۵- ولكشف الإیجاب عن رضا المولی الدالّ علیه القبول، وله الولایه علی جُزءَیالإنشاء. (المرعشی).

۶- [۶] الوسائل: الباب (۴۳) من أبواب نكاح العبید والإماء، ح۱،۲، ۳.

۷- لكونه مالكاً لا لصرف الولایه. (المرعشی).

۸- الأحوط اعتبار القبول فی الجمیع، بل هو الأقوی فی الولیّ والوكیل مطلقاً.(النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * الأحوط اعتبار القبول فی جمیع هذه الموارد ممّن بیده أمر العقد إن لم یكن هوالأقوی. (صدرالدین الصدر). * یعتبر القبول فی جمیع الفروض علی الأحوط، وخصوصاً فی الولیّ والوكیل عنالطرفین . بل لا یخلو من قوّةٍ فی الولیّ والوكیل . ثمّ إنّ القبول فی الفرض یكون منالمولی، أو من العبد بإذنه. (زین الدین).

۹- بعید جدّاً. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالله الشیرازی). * بل بعید. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بعید. (حسن القمّی).

كذلك(۱) فی سائر المقامات(۲) ، مثل الولیّ والوکیل عن الطرفین.

وکذا إذا وَکّل غیره فی التزویج فیکفی قول الوکیل: أنکحتُ أمَهَ موکِّلِی لعبدِهِ فلان، أو أنکحتُ عبدَ موکِّلی أمَتَهُ.

وأمّا لو أذِن للعبد والأمه فی التزویج بینهما فالظاهر الحاجه إلی الإیجاب والقبول.

إراده المولی التفریق بین عبده وأمته

(مسأله ۱۷) : إذا أراد المولی التفریق بینهما لا حاجه إلی الطلاق، بل یکفی أمره إیّاهما بالمفارقه. ولا یبعد جواز الطلاق أیضاً، بأن یأمر عبده بطلاقها، وإن کان لا یخلو من إشکالٍ(۳) أیضاً.

إعطاء المولی شیئاً لأمته لو زوّجها من عبده

(مسأله ۱۸) : إذا زوّج عبدَهُ أمَتَهَ یستحبّ(۴) أن یعطیها شیئاً(۵) ، سواء ذکره فی العقد أم لا، بل هو الأحوط(۶) . وتملک الأمه ذلک بناءً علی المختار

۱- بل هو بعید. (الخوئی).

۲- فیه إشکال، والأحوط اعتبار القبول فیها. (المرعشی).

۳- لا إشکال فی الصحّه، ولا یعتبر مباشره المولی إیّاه. (المرعشی). * ظاهرهم التسالم علی الصحّه إن کان بإذن السیّد وأمره. (السبزواری). * ولکنّه ضعیف. (زین الدین).

۴- لا ینبغی ترکه. (المرعشی).

۵- ولو مُدّاً من الطعام أو درهماً، والظاهر عدم کون المُعطَی مَهراً. (المرعشی). * لا یبعد وجوبه. (الخوئی).

۶- بل لا یُترک هذا الاحتیاط. (زین الدین). * لا یُترک. (حسن القمّی).

من صحّه ملكيّه المملوك إذا ملّكه مولاه أو غيره.

انتقال الأمر بالمفارقه لورثه المولی

(مسأله ۱۹) : إذا مات المولی وانتقلا إلی الورثه فلهم أيضاً الأمر بالمفارقه بـدون الطلاق، والظاهر كفايه(۱) أمرِ(۲) أحدِهِم(۳) فی ذلک(۴) .

لو زوّج الأمه غير مولاها من حرّ

(مسأله ۲۰) : إذا زوّج الأـمهَ غير مولاهـا من حُرٍّ فأولـدها جاهلاًـ بكونها لغيره عليه العُشْـرُ أو نصف العُشْـرِ لمولاها وقيمه الولـد، ويرجع بها على

ص:۴۰۴

۱- فی حرمه مقاربتها، لا فی حصول الفرقه؛ إذ يتوقّف ذلک على أمر الجميع.(صدرالـدين الصدر). * بل الظاهر عدمها. (عبدالله الشيـرازی). * بـل الظـاهر عـدم الكفـايه. (الفانی). * فی حرمه الوطء، لا فی بطلان الزوجيّه وتحقّق الفرقه، وإطلاق الإخبار ناظر إليجهةٍ اُخرى، فالأحوط اعتبار القبول فی ما نحن فيه وغيره من الموارد الشبيهه له.(المرعشی).

۲- بل الظاهر عدمها. (البروجردی).

۳- محـلّ تأمّل. (الإصـطهباناتی). * فيه إشـكال. (عبـدالهادی الشيـرازی). * لا يخلو من إشـكال، بل منع. (الخوئی). * فی حرمه الوطء، لاـ فی الخروج عن الزوجيّه مطلقـاً، إلّـا إذا كـانت ملاـزمه بينهماعرفـاً. (السبزواری). * تحرم عليه مقاربتهـا بـذلک ، وأمّا حصول الفرقه بينهما فلا يكون إلّا بأمر الجميع.(زين الدين).

۴- لا يخلو من إشكال، نعم، لو منع أحدهم من الوطء يحرم عليه الوطء.(البجنوردی). * فيه نظر. (محمّد الشيرازی).

ذلک(۱) الغیر، لأنّه کان مغروراً من قِبَلِه، کما أنّه إذا غرّته الأمه بتدلیسها ودعواها الحرّیّهَ تضمن القیمه وتَتبع به بعد العتق(۲) ، وکذا إذا صار مغروراً من قِبَل الشاهِدَین علی حرّیّتها.

من تزوّج بأمه بین شریکین ثمّ اشتری بعضها

(مسأله ۲۱) : لو تزوّج أمهً بین شریکَین بإذنهما، ثمّ اشتری حصّه أحدِهِما أو بعضها، أو بعضاً من حصّه کلٍّ منهما بطل نکاحه، ولا یجوز له بعد ذلک وطوها(۳) .

وکذا لو کانت لواحدٍ واشتری بعضها. وهل یجوز له وطوها إذا حلّلها الشریک؟ قولان، أقواهما نعم؛(۴) للنصّ(۵) . وکذا لا یجوز وطء من بعضه حرّ

۱- لا ـ دلیل علیه؛ لأنّ قاعده الغَرور غیر ثابتهٍ مطلقاً، والروایه الدالّه علی ذلک ضعیفهسنداً، بل لا یبعد أن یکون المستفاد من صحیحه ابن الولید عدم وجوب شیءٍ علیهغیر المهر. (الخوئی).

۲- لا دلیل علی ذلک، وتقدّم الکلام فی نظیر ذلک. (الخوئی).

۳- بدون إذن الشریک ما دامت الشرکه. (الفیروزآبادی).

۴- الأحوط الترک. (البروجردی، عبدالله الشیرازی).

۵- لکنّ الأحوط الترک، والنصّ() الوسائل: الباب (۴۱) من أبواب نکاح العبید والإماء، ح۱.) لم یعمل به إلّا ابن إدریس(السرائر: ۲/۳۵۳.) والمتأخّرون(المهذّب البارع: ۳/۳۳۶، جامع المقاصد: ۱۳/۹۷، مسالک الأفهام: ۸/۳۱ نهایه المراملعاملی: ۱/۲۸۰، کشف اللثام: ۷/۳۱۶.).نعم، لا ـ یبعد أن لا ـ یکون الحکم علی خلاف القاعده حتّی یحتاج إلی النصّ. (محمّدرضا الگلپایگانی).

إذا اشترى نصيب الرقّيه لا بالعقد ولا بالتحليل منها. نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتّع(۱) بها فی الزمان الّذی لها، عملاً بالنصّ الصحیح وإن کان

الأحوط(۲) خلافه(۳) .

*

*

*

۱- أی یتزوّجها متعهً. (الفیروزآبادی).

۲- لا یُترک. (البروجردی، المرعشی، محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- لا یُترک. (عبدالله الشیرازی).

فصل [فى الطوارئ]

اشاره

وهى العِتق والبيع والطلاق.

عتق الأمه المزوّجه وثبوت الخيار لها

أمّا العِتق: فإذا اُعتِقت الأمه المزوّجه كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد، بل مطلقاً وإن كانت تحت حرٍّ على الأقوى(۱) .

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع، نعم، الحكم مخصوص بما إذا اُعتِق كلّها فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى، نعم، إذا اُعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مدّهٍ كان لها الخيار.

حكم المهر لو كان العتق بعد الدخول وقبله

(مسأله ۱) : إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها(۲) ، أوْ لها، أو تابع(۳) . . . .

۱- خلافاً للشيخ فى مبسوطه. (آقاضياء). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئى). * لا يخلو من تأمّل فى هذه الصوره. (حسن القمّى).

۲- الأقوى كونه لمولاها مطلقاً. (الإصطهباناتى). * هذا هو المتعيّن بلا إشكال، ولا يصحّ جعل المهر لها على وجهٍ لا يرجع إليالمولى. (البروجردى). * وهو الأقوى، والترديد لا يلائم ما سبق منه قدّس سرّه فى المسأله الرابعه من الجزمبكونه للمولى. (المرعشى). * وهو المتعيّن، وقد مرّ منه قدّس سرّه فى المسأله (۴) من أوّل الفصل ذلك أيضاً.(السبزوارى).

۳- هذا هو المتعيّن لو صحّحنا جعل المهر لها، وإلّا فالمتعيّن هو الأوّل. (الإصفهانى). * الظاهر أنّه لمولاها على كلّ حال: إمّا أوّلاً وبالذات، أو من جهه أنّه يملك ماتملكه أمته، وسلطانه عليها وعلى مالها. (البجنوردى).

للجُعل(۱) فی العقـد؟ فـإن جعـل لهـا فلها، وإلّا فله، ولمولاها فی الصوره الاُولی تملّکه، کما فی سائر الموارد؛ إذ له تملّک مال مملوکه(۲) بناءً علی القول بالملکیّه، لکن هـذا إذا کان قبل انعتاقها، وأمّا بعد انعتاقها فلیس له ذلک. وإن کان قبل الدخول ففی سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه(۳) ، أقواها الأخیر(۴) ، وإن کان مقتضی الفسخ الأوّل؛ وذلک لعدم

۱- هذا هو المتعیّن لو صحّحنا جعل المهر لها، وإلّا فالمتعیّن هو الأوّل. (عبدالله الشیرازی).

۲- فی النصّ دلاله علی عدم الجواز. (الفانی).

۳- أقواها الثانی، والأحوط التصالح. (عبدالهادی الشیرازی).

۴- کما تقـدّم نظیره أیضاً فی فرض تملّک الزوجه زوجها قبل الـدخول، ولکنّالإنصاف أنّ المسـتفاد من التعبیر بالتخییر فی أخبار المقام کون المقام من بابالفسخ المتعارف، مثل هذا التعبیر عنه فی أبواب المعاملات، بل هو مقتضـی الأصـلأیضاً. (آقاضـیاء). * بل الأوّل، وکونه من باب الفسخ لا شـبهه فیه، کما أنّ کون مقتضاه ذلک ممّا لامریه تعتریه. (الإصـفهانی). * فیه تأمّل وإشـکال. (الکوه کَمَری). * بل الأوّل، وکون المقام من باب الفسـخ ظاهر. (الإصـطهباناتی). * بل الأوّل. (البروجردی). * تقـدّم فی بعض المسائل السابقه ما هو الحقّ فی المقام. (البجنوردی). * بل الأوّل. (الفانی، المرعشی). * بل الأوّل، والظاهر کونه من الفسخ دون غیره. (السبزواری). * فیه إشکال. (محمّد الشیرازی). * لا یخلو من إشکال، والأحوط التصالح. (حسن القمّی).

معلومیّه(۱) کون المقـام من باب(۲) الفسخ(۳) ؛ لاحتمال(۴) کونه من بـاب بطلان النکاح(۵) مع اختیارها المفارقه. والقیاس علی الطلاق فی ثبوت النصف لا وجه له.

حکم المهر لو کان العتق قبل الدخول والفسخ بعده

(مسأله ۲) : إذا کان العِتق قبل الدخول والفسخ بعده(۶) : فإن کان المهر

ص:۴۰۹

۱- ظاهر النصوص عدم کونه من باب البطلان. (المرعشی).

۲- کونه فسـخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا یرجع احتمال البطلان ولا استقرارالمهر علی تقدیره إلی محصّل. (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- کونه فسخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا یرجع احتمال البطلان ولا استقرارالمهر علی تقدیره إلی محصّل. (النائینی).

۴- بل یحتمل أن یکون اختیار الزوجه المفارقه رافعاً للزوجیّه، نظیر الطلاقمن قبل الزوج، لا ناقضاً لعقـد النکاح، فلا یکون موجباً لسـقوط المهر، ولا ینتصف بهکما ینتصف بالطلاق قبل الدخول؛ وحینئذٍ فیکون مقتضـی الأصل عدمسـقوطه، ولعلّ هذا هو مراد المصنّف قدّس سرّه . أمّا بطلان النکاح فهو لا یختلف عنالفسخ فی النتیجه. (زین الدین).

۵- البطلان والفسخ کلاهما موجبان لسـقوط المهر، ولا فرق بینهما فی سقوطه، لکنمن جهه احتمالٍ ثالث وکون الفرق بینهما من قبیـل الطلاق، فالمسأله فی غایهالإشـکال، وتحتاج إلی التأمّل التامّ. (عبـدالله الشـیرازی). * بل الظاهر من الأخبار أنّه مفارقه ونزع شبه الطلاق، ومع ذلک لا یقاس به. (محمّدرضا الگلپایگانی).

۶- إذا لم یسقط الخیار. (المرعشی). * فی صوره عدم سقوط خیارها. (صدرالدین الصدر).

جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أُطلق(١) ففي كونه لها أوله قولان، أقواهما

الثانی؛ لأنّه ثابت بالعقد وإن كان يستقرّ بالدخول، والمفروض أنّها كانت أمهًحين العقد.

نكاح الأمه بتفويض المهر أو البضع

(مسأله ٣) : لو كـان نكاحها بالتفويض(٢) : فـإن كان بتفويض المهر(٣) فالظـاهر أنّ حـاله حال ما إذا عيّن فی العقـد، وإن كان بتفويض البِضع(۴) : فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين(۵) فحاله حال ما إذا عيّن حين العقد،

١- الظاهر كون المهر لها فی صوره الإطلاق. (صدرالدين الصدر).
٢- أی يذكر المهر إجمالاً، ويفوّض تعيينه إلی أحد الزوجَين. (الفيروزآبادی).
٣- بـذكره فی العقـد، لا مطلقاً وإجمالاً، وتفويض التعيّن إلی أحـد الزوجين. (المرعشـی). * وهو أن يـذكر المهر فی العقد علی وجه الإجمال، ويفوِّض تعيينه إلی أحدالزوجَين، وتفويض البِضع أن لا يذكر المهر فی العقد، لا علی وجه الإجمال، ولاعلی وجه التفصيل. (زين الدين).
۴- أی بعدم ذكر المهر فی العقد. (الفيروزآبادی). * بعدم ذكره أصلاً، حتّی علی نحو الإجمال. (المرعشی).
۵- بل يكفی كونه بعـد أحـدهما فی ذلك، وإنّما يكون المهر لها إذا كان قبل الـدخولوالتعيين كليهما. (البروجردی). * وهكـذا قبل الدخول وبعد التعيين، وأمّا قبل التعيين وبعد الدخول فمهر المثل.(المرعشـی). * لا يبعد أن يكون المراد أحدهما، بمعنی أنّه مع الـدخول أو مع التعيين قبلالدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد. (الخوئی). * وكذا لو كان قبل الدخول وبعد التعيين. (محمّـد رضا الگلپايگانی). * للمسأله صور: الاُولی: أن يتحقّق الدخول وتعيين المهر، ثمّ يحصل بعدهماالانعتاق واختيار الفراق، فيجب المهر المعيّن ويكـون للسيّد، من غير فرقٍ بين أنيتقـدّم الـدخول أو التعيين.الصـوره الثـانيه: أن يحصـل التعيين، ثمّ يكون بعده العتق، ثمّ يكون بعدهماالدخول، فيجب المهر المعيّن، ويكون للسيّد كما فی الصوره الاُولی.وكذلك الصوره الثالثه، وهی: ما إذا حصل التعيين، ثمّ حصل العتق واختيارالفراق من غير دخول؛ بناءً علی ما اخترناه فی ما تقـدّم من عـدم سـقوط المهر بذلك،وعدم تنصـيفه.الصوره الرابعه: أن يدخل بها من غير تعيين، ثمّ يحصل بعده الانعتاق، فيثبتمهر المثل ويكون للسيّد.الصوره الخامسه: أن يحصل العتق، ثمّ يكون بعـده الـدخول، ثمّ يكون بعـدهااختيار الفراق، فيثبت مهر المثل ويكون لها.الصوره السادسه: أن يحصل العتق واختيار الفراق، من غير دخولٍ ولا تعيين،وفی ثبوت المهر فی هذه الصوره إشكال. (زين الدين).

وإن كان قبل الدخول(۱) فالظاهر أنّ المهر لها؛ لأنّه يثبت حينئذٍ بالدخول، والمفروض حرّيّتها حينه.

الحكم لو كان العتق فی العدّه الرجعیّه أو البائنه

(مسأله ۴) : إذا كان العِتق فی العِدّه الرجعیّه فالظاهر أنّ الخيار باقٍ(۲) ،

ص:۴۱۱

۱- وقبل أن يعيّن فالمهر لها إن تحقّق الدخول، وإلّا فثبوت المهر فيه إشكال.(المرعشی). * وقبل التعيين. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- بقاؤه لا يخلو من إشكال، وثبوت تمام أحكام الزوجه للمعتدّه الرجعيّه محلّتأمّل، سيّما التمسّک بالأولويّه، فلا يُترک الاحتياط بعدم الفسخ وما يترتّب عليه.(المرعشی). * ثبوت الخيار بالعتق فی العِدّه محلّ تأمّل، فلا يُترک مراعاه الاحتياط فيها بعدماختيار الزوجه الفسخ، وعدم رجوع الزوج لو اختارت الفسخ، وعدم إمساكها بلاعقدٍ جديدٍ إذا رجع بعد الفسخ، وعدم تزويج الزوجه بدون الطلاق مع الرجوع بعدالفسخ. (محمّد رضا الگلپايگانی).

فإن اختارت الفسـخ لم يبقَ للزوج الرجوع حينئـذٍ، وإن اختارت البقاء بقى له حقّ الرجوع. ثمّ إذا اختارت الفسـخ لا تتعدّد العِدّه، بل يكفيها عِدّه واحده، ولكن عليها تتميمها(۱) عدّه الحرّه. وإن كانت العِدّه بائنهً فلا خيار لها على الأقوى(۲) .

عدم افتقار الفسخ لإذن الحاكم

(مسأله ۵) : لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

فوريّه الخيار بعد العتق للأمه المزوّجه

(مسأله ۶) : الخيار على الفور على الأحوط(۳) فوراً عرفيّاً، نعم، لو كانت

۱- لا يُترك الاحتياط باستئناف عدّه الحُرّه من زمان تحقّق الفسخ. (المرعشی). * بل الأحوط فی الفرض استئناف عدّه الحُرّه من حين الفسـخ. (محمّد رضاالگلپايگانی). * بل عليها استئناف عدّه الحُرّه. (زين الدين). * الأحوط استئناف العِدّه من حين الفسخ. (حسن القمّی).

۲- إشاره إلى خلاف القواعد بثبوت الخيار قال ؛ فإن فسخت بطل الطلاق، وإلّاوقع. (الفيروزآبادی).

۳- وإن كان الأظهر عدم فوريّته. (الخوئی). * لا يُترك الاحتياط فی ذلک، فلا تختار الفراق مع التأخير. ثمّ إذا هی اختارتالفراق فلاـ تتزوّج غير زوجهـا إلّا بعـد الطلاق منه، ولا ترجع إليه إلّا بعقـدٍ جديـد.(زين الـدين). * الأقوى عـدم كونه فوريّاً إن لم يثبت الإجماع على الفوريّه. (حسن القمّی).

جاهلةً بالعِتق أو بالخيار أو بالفوريّه(۱) جاز لها الفسخ(۲) بعد العلم، ولا يضرّه التأخير حينئذٍ.

الخيار فيمن لا يصحّ منها الاختيار

(مسأله ۷) : إن كانت صبيّةً أو مجنونةً فالأقوى(۳) أنّ وليّها(۴) يتولّى خيارها(۵) .

إعلام المعتقه بالحال

(مسأله ۸) : لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

ثبوت الخيار ولو كان التزويج برضاها

(مسأله ۹) : ظاهر المشهور(۶) عدم(۷) الفرق(۸) في ثبوت الخيار لها بين أن يكون المولى هو المباشر لتزويجها أو أذِنَها فاختارت هي زوجاً برضاها، ولكن يمكن دعوى(۹) . . . .

۱- في بقاء الخيار مع الجهل بالفوريّه تأمّل. (محمّد رضا الگلپايگاني).

۲- على الأقوى. (المرعشي).

۳- فيه إشكال، بل نظر؛ لعدم ثبوت الولايه بهذه التوسعه، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

۴- فيه نظر. (حسن القمّي).

۵- وهو مشكل. (زين الدين).

۶- وهو المنصور. (الكوه كَمَري، عبدالهادي الشيرازي).

۷- وهو الأقرب. (محمّد الشيرازي).

۸- وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

۹- لولا إلجاوها في اختيارها مثل هذا الشخص ولو من جهه عدم إقدام الشرفاءلنكاح الإماء، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار من الاختيار لا ينافي بقاء خيارها؛ إرفاقاًلها لتحصيل الأشرف نسباً وحسباً، ولا وجه لانصراف الأخبار عن مثلها أيضاً.(آقاضياء). * ولكنّها غير مسموعه. (صدرالدين الصدر). * لكنّها بعيده جدّاً. (الإصطهباناتي). * هذه الدعوى لا تخلو من مجازفه. (البروجردي). * هذه الدعوى غير مسموعه. (الفاني). * لكنّها غير مسموعه. (المرعشي).

انصراف(۱) الأخبار(۲) إلی صوره مباشره المولی بلا اختیارٍ منها.

اشتراط المولی فی العتق عدم الخیار فی الفسخ

(مسأله ۱۰) : لو شرط(۳) . . . .

۱- هـذه الدعوی لا تخلو من مجازفه. (الإصـفهانی). * لکنّ هذه الدعوی ضـعیفه جدّاً؛ لأنّ الأخبار مطلقه، والإنصـراف بدویّ لا اعتباربه. (البجنوردی). * فیه منع. (السبزواری). * هذه الدعوی مجازفه فلا اعتبار بها. (حسن القمّی).

۲- هـذا الانصـراف ممنوع. (کاشف الغطاء). * لا وجه لهـذه الدعوی. (الخوئی). * دعوی الانصـراف فی المقام لا وجه لها، ولا مانع من الأخذ بالإطلاق. (محمّد رضاالگلپایگانی). * هذه الدعوی ضعیفه، بل لا تخلو من مجازفه. (زین الدین).

۳- بأن یکون مرجع الشـرط عدم فعل الفسخ أو إسقاطه، لا عدم استحقاقها ذلک فإنّهشرط فاسد. (صدرالدین الصدر). * أی أن لا یفسخ، أو أن یسقط حقّ الفسخ، لا أن یشترط عدم الاستحقاق. (المرعشی).

مولاها(۱) فی العتق(۲) عدم فسخها(۳) فالظاهر صحّته(۴) .

عدم الخیار للعبد المعتق

(مسأله ۱۱) : لو اُعتق العبد لا خیار له(۵) ولا لزوجته.

الحکم لو کان للعبد حرّه وأمتان واُعتقت إحداهما

(مسأله ۱۲) : لو کان عند العبد حرّه وأمتان فأُعتِقت(۶) إحدی الأمتَین فهل

لها الخیار، أوْ لا؟ وجهان(۷) ، وعلی الأوّل إن اختارت البقاء فهل یثبت للزوج

۱- الظاهر عدم صحّه هذا الشرط، والاحتیاط بعدم اشتراط المولی ذلک لا یُترک.(الفانی).
۲- وألحق بعضهم به شرطه فی ضمن العقد الخارج اللازم، ولا یخلو من الإشکال.(المرعشی).
۳- بأن یشترط علی أمته أن لا تختار فراق زوجها بعد عتقها، وأمّا أصل الخیار فهوحکم شرعیّ لا یسقط بالشرط. (زین الدین).
۴- ولکنّ الأظهر عدم السقوط؛ فإنّه حکم شرعیّ، لا حقّ مالیّ، فلا یسقط بالشرط.(کاشف الغطاء). * هذا الشرط وإن کان صحیحاً ویجب علیها العمل به إلّا أنّها إذا فسخت کانفسخها موثّراً وموجباً لبطلان العقد. (الخوئی). * وفی اشتراط القبول وجه، لکنّه غیر موجه. (المرعشی).
۵- لعدم سلطته علی نفسه حین العقد، سواء کان مُکرَهاً علی النکاح، أم لا. (المرعشی).
۶- فاجتمعت لدی العبد حرّتان وأمه. (المرعشی).
۷- أقواهما ثبوت الخیار. (صدرالدین الصدر). * الأظهر هو الوجه الأوّل؛ وعلیه: فإن اختارت الفسخ بطل نکاحها فحسب، وإناختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلی القرعه، کما مرّ نظیره سابقاً. (الخوئی). * الأشبه بطلان نکاح الجمیع، وکذلک فی بقیّه فروض المسأله. نعم، إذا کان عندالعبد ثلاث إماءٍ واُعتِقت إحداهنّ یکون قد جمع بین حُرّهٍ وأَمَتَین، ولا إشکال فیذلک، فلا مانع من تخییر المعتَقَه فی هذا الفرض. (زین الدین). * الأقوی أنّ لها الخیار إن لم نقل ببطلان الجمیع. (حسن القمّی).

التخییر(۱) ، أو یبطل نکاحها؟ وجهان(۲) ، وکذا إذا کان عنده ثلاث(۳) أو أربع إماءٍ(۴) فأُعتقت إحداها. ولو اُعتق فی هذا الفرض جمیعهنّ دفعةً(۵) ففی کون

ص:۴۱۶

۱- بین إبقاء المعتقه والإعراض عن الأمه الاُخری، أو إبقائها والإعراض عن المعتَقَه.(الفیروزآبادی).

۲- ولو من جهه دعوی انصراف الأخبار إلی صوره إمکان بقائها علی حالها بعداختیار البقاء، وفی المقام لیس کذلک ولو من جهه اختیار الزوج غیرها فضلاً عمّا لوقیل ببطلان نکاحها. ثمّ علی فرض ثبوت الخیار لها ولو بإطلاق الأخبار لمثلالمورد لا وجه للالتزام ببطلان نکاح غیرها، فلا یبعد حینئذٍ إجراء حکم تخیّرالزوج الثابت فی إسلام الزوجات فی المقام أیضاً لوحده المناط، وإن کان الأحوطعدم اختیارها. (آقاضیاء). * أقواهما التخییر للزوج. (صدرالدین الصدر).

۳- لیس فرض الثلاث ممّا نحن فیه، أی البطلان. (عبدالله الشیرازی). * هذا من سهو القلم؛ فإنّه إذا اُعتِقت واحده منها فلا مانع من الجمع بینها وبینالأمتَین الباقیتَین؛ حیث إنّه من الجمع بین حرّهٍ وأمتَین. (الخوئی). * لو کان عنده ثلاث إماءٍ واُعتِقت إحداها فقد جمع بین حرّهٍ وأمتَین، ومرّ أنّه لاإشکال فیه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- یظهر حکم ذلک ممّا تقدّم. (الخوئی).

۵- الظاهر أنّ جهات المسأله فی جمیع الفروض متماثله، فلا وجه للفرق بینالفرض والفرضَین السابقَین، والأشبه فی الجمیع البطلان، وعلی القول بعدمهفالتخییر للزوج ابتداءً، ثمّ للباقیات، ویظهر وجهه بالتأمّل. (محمّد رضا الگلپایگانی).

الزوج مخيّراً، وبعد اختياره[(١)] يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأوّل للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع؟ وجوه[(٢)] .

*

*

*

١- لاـ وجه لتقـديم تخيير أحـدهما على الآـخر، بل لكلٍّ من الزوج والباقيات الاختيارفی عرضٍ واحـدٍ إن لم نقل ببطلان الجميع. (حسن القمّی).

٢- ثبوت الخيـار لهمـا كالبطلاـن له وجه. (المرعشی). * قـد عرفت أنّ الأـظهر هو ثبوت الخيـار لهنّ جميعـاً، فـإن اخترنَ البقـاء فالأظهررجوع الزوج إلى القُرعه، وإن اخترنَ الفسخ بطل نكاحهنّ جميعاً، وبذلك يظهر حالالتبعيض. (الخوئی).تتمّه : إنّ الماتن قدّس سرّه لم يتعرّض لحكم البيع والطلاق، فالمناسب أن نتعرّض له،فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجه كان ذلك طلاقاً، سواء كان زوجها حرّاً أم كانعبداً، ولكن يتخيّر المشترى بين إمضاء عقد النكاح وفسـخه، والمشـهور على أنّخياره فورىّ، وفيه إشـكال، بل منع. نعم، إذا أمضـى المشترى العقد ولم يفسـخه سـقطخياره، وليس له الفسخ بعد ذلك، وكذلك العبد المزوّج من أمته فإذا بيع كـان ذلكطلاـق زوجته، وكـان للمشترى الخيار. وأمّا لو كانت زوجته حرّةً فبِيع فالمشـهور أنّبيعه أيضاً طلاق زوجته، إلّا أنّه لا يخلو من إشكال، بل منع. وإذا زوّج المولى عبَدهمن أمته كان الطلاق بيد المولى، بل له أن يفرِّق بينهما بلا طلاق، كما مرّ. وأمّا إذازوّجه من أمةٍ لغيره، أو حرّةٍ، أو تزوّج العبـد بإذنه فالطلاق بيد العبد، وليس للمولىإجباره على الطلاق. ولو بِيعَت الأمه المطلّقه أثنـاء عـدّتها أتمّت العِـدّه، وهل عليهاالاسـتبراء زائـداً على ذلك؟ قيل(المبسوط: ۵/۲۸۸، مختلف الشـيعه: ۷/۵۳۱.)، نعـم، ولكنّ الأظهر عدم لزومه. (الخوئی).

فصل [فی العقد وأحکامه]

الصیغه وشرائطها فی النکاح

(مسأله ١) : یشترط فی النکـاح: الصـیغه، بمعنی الإیجـاب والقبول اللفظیَّین، فلا ـ یکفی التراضـی البـاطنیّ، ولا ـ الإیجاب والقبول الفعلیَّین.

وأن(١) یکون الإیجاب بلفظ «النکاح» أو «التزویج» علی الأحوط(٢) ، فلا(٣) یکفی بلفظ «المتعه»(۴) فی النکاح الدائم، وإن کان لا یبعد کفایته(۵) مع الإتیان(۶) بما یدلّ(٧) علیإراده الدوام.

ص:۴١٨

١- المیزان والمعیار صـدق عنوان عقـد النکاح، بلا فرقٍ بین المصادیق المتصوّره، فلاوجه لهذه القیود المذکوره فی المتن. (تقی القمّی).

٢- هـذا الاحتیـاط لا یُترک. (النائینی، الخوئی). * اعتبار الماضویّه لا یُترک، بل لا یخلو من القوّه. (الإصـطهباناتی). * لا یُترک. (جمال الـدین الگلپایگانی، البروجردی، البجنوردی، عبدالله الشـیرازی،المرعشـی). * لمّا کان أمر النکاح خطیراً جدّاً أبقینا جملهً من الاحتیاطات، وأمّا بحسبالصناعه فیمکن الحکم بأوسعیّه أمر الإیجاب والقبول ممّا اعتبره الفقهاء فی المقام،والاحتیاط المذکور من جمله ما لا ینبغی ترکه. (الفانی). * لا ینبغی ترک هذا الاحتیاط. (محمّد الشیرازی).

٣- لا یُترک. (حسن القمّی).

۴- علی الأحوط. (المرعشی).

۵- لا یُترک الاحتیاط. (الشریعتمداری).

۶- أو عدم ذکر الأجل، ولکنّ الاحتیاط لا ینبغی ترکه. (اللنکرانی).

٧- علی وجهٍ یـوجب ظهـور لفظـه فیه عرفـاً. (آقاضـیاء). * أی یجعله ظـاهراً فی الـدوام، ومـع ذلـک لا ـ ینبغی ترک الاحتیـاط. (الخمینی).

ویشترط العربیّه(۱) مع التمکّن منها(۲) ولو بالتوکیل(۳) علی الأحوط(۴) ،

ص:۴۱۹

۱- لا دلیل علی هـذا الشـرط، بل هو أحوط، کما فی المتن. (الفانی). * الأقوی عـدم اشتراطها فی النکاح وسائر العقود، والوجوه المتمسّـکه بهاللاـشتراط: کالإجمـاع والشـهره، وکون غیر العربیّه من الکنایـات، ورجحـان الاحتیاط فی الفروج کلّها مردوده غیر مصـغاهٍ إلیهـا بعـد وجود الإطلاقـات والعمومـات، ومنـأقوی ما تمسّک به: التأسّـی بصاحب الشـرع والأئمّه :، وأنت خبیر بفساده بعـدالتأمّل فی أنّه صـلی الله علیه و آله وخلفـاءَه کـانوا عَربیِّی اللسـان واللغه، وإذا أنشؤوا عقـداً بألسـنتهم فهـل یُصار إلی اشتراط العربیّه فی تأثیره ؟ ولا أظنّ أن یُلتَزَمَ به. (المرعشی). * علی الأحوط. (حسن القمّی).
۲- لاـ دلیـل علی اعتبارهـا، نعـم، رعایتهـا أحـوط؛ لـدعوی الشـیخ(المبسـوط: ۴/۱۹۴.) والعلّـامه(تحریر الأحکـام: ۳/۴۲۷ ـ ۴۲۸.)الإجماع علی ذلک، وعلی فرض الاعتبار یختصّ ذلک بصوره التمکّن. (الروحانی).
۳- وإن کان الجواز مع عجز نفسه لا یخلو من قوّه، وإن تمکّن من التوکیل. (الخمینی). * لکنّ الظاهر کفایه غیرها لغیر المتمکّن منهـا ولو مع التمکّن من التوکیـل. (محمّـدرضا الگلپایگـانی). * الظـاهر هو الجواز للعاجز وإن تمکّن من التوکیل، بل مطلقاً ولو لغیر العاجز،ولکن لا ینبغی ترک الاحتیاط. (اللنکرانی).
۴- لا یُترک الاحتیاط بالصبر إلی أن یتمکّن من التوکیل، کما لا یخفی، والله العالم.(آقاضـیاء). * لا یبعـد صـحّه النکاح من کلّ قوم بلسـانهم. (النـائینی، جمال الـدین الگلپایگانی). * لا یُترک. (السبزواری). * وإن کان الظاهر صـحّه نکاح کلّ قومٍ إذا اُنشِـئَ بلسانهم. (زین الدین). * الظاهر الصحّه بغیر العربیّه مع عدم تمکّنهما من العربیّه وإن أمکن التوکیل. (حسن القمّی).

نعم، مع عدم التمكّن(۱) منها ولو بالتوكيل يكفى غيرها من الألسنه إذا أتى بترجمه اللفظَين(۲) من النكاح والتزويج.

والأحوط(۳) اعتبار(۴) الماضَويّه(۵)، وإن كان الأقوى(۶) عدمه، فيكفى المستقبَل والجمله (۷) الخبريّه، كأن يقول: اُزوِّجكَ، أو أنا مزوِّجُكَ فلانه.

كما أنّ الأحوط(۸) تقديم الإيجاب(۹) على القبول، وإن كان الأقوى

۱- بل ومع التمكّن منها مطلقاً على الأقوى. (صدرالدين الصدر).

۲- أو لفظ «المتعه». (اللنكرانى).

۳- بل لا يخلو من قوّه. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * لا يُترك هذا الاحتياط فى باب الصيغه وإن كانت القواعد غير موجبه لها، لكنّشدّه الاهتمام بأمر النكاح أوجبت النهى عن تركها أجمع. (آقاضياء).

۴- لا يُترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازى).

۵- لا يُترك. (السبزوارى).

۶- ولاسيّما إذا كان بلفظ «تزوّجت» و«نكحت». (الفانى).

۷- فى كفايه الجمله الخبريّه إشكال. (الكوه كَمَرى).

۸- هذا الاحتياط لا يُترك، وكذا ما بعده. (النائينى). * لا يُترك، وكذا ما بعده. (جمال الدين الگلپايگانى). * لا يُترك. (عبدالله الشيرازى).

۹- فيما كان القبول بصيغه «نكحت» و«تزوّجت» وأضرابهما ممّا يكون له أهليّهالتقدّم، دون «قَبِلتُ» و«رَضِيتُ» وأترابهما ممّا لا قابليّه له لذلك. (المرعشى).

جواز(۱) العکس(۲) أیضاً(۳) .

ص:۴۲۱

۱- بل الأقوی عدم جواز العکس؛ إذ الزوجیّه _ کما حُقِّق فی محلّه _ علاقه بینالطرفَین حاصله من تسلیط الزوجه الرجل علی بِضعها وقبوله إیّاه، لا أنّه صرفعلاقهٍ فی قبال الفردیّه حتّی توجد بإیجاد أیٍّ منهما وقبول الآخر، وذلک منالوضوح بمکان. (المرعشی). * فی خصوص ما یدلّ علی إنشاء النکاح، مثل «تزوّجتُ»، لا ما یدلّ علیالمطاوعه، ک_«قَبِلتُ» و«رَضِیتُ». (اللنکرانی).

۲- إذا کان القبول بغیر لفظ «قبلت». (الإصفهانی). * إذا لم یکن بأفعال المطاوعه علی الأحوط. (صدرالدین الصدر). * إذا کان القبول بمثل: «تزوّجتُ» و«نکحتُ»، لا بمثل «قَبِلتُ» و«رضِیتُ».(البروجردی). * فی غیر ما یدلّ علی المطاوعه مثل: «رضِیتُ» و«قَبِلتُ» ونحوهما. (عبدالهادی الشیرازی). * إن اُرید بالعکس إیجاب الزوج بلفظ «أنکحتُکِ نفسی» مثلاً فصحّته محلّ إشکال،بل عدمها لا یخلو من رجحان. وإن اُرید به إیجابه بلفظ «نکحتکِ» أو «تزوّجتکِ»فلا بأس به، لکنّه راجع إلی تقدیم القبول، کما مرّ. (عبدالله الشیرازی). * بمثل «تزوّجتُ»، لا بمثل «قبلتُ». (الخمینی). * الأحوط فی «رضِیتُ» و«قبلتُ» ونحوهما تقدیم الإیجاب. (محمّد الشیرازی).

۳- إذا کان بلفظٍ قابلٍ للتقدّم، لا مثل «قبلتُ» و«رضِیتُ». (الکوه کَمَری). * إذا کان القبول بلفظ «تزوّجت» و«نکحتُ» لا بلفظ «قبلتُ» و«رضِیتُ»، وإن کانالأحوط فیه أیضاً الترک. (الإصطهباناتی). * إذا لم یکن القبول بألفاظ المطاوعه ک_ «قبلتُ» و«رضِیتُ» و«تزوّجتُ»وأشباهها. (البجنوردی). * إن لم یکن القبول بمثل: «قبلتُ» وأشباهه. (السبزواری). * إذا کان القبول بمثل: «تزوّجتُ» و«نکحتُ»، لا بلفظ «قبلتُ» أو «رضِیتُ»، ولعلّهإیجاب من جانب الزوج، کما فی الفرض اللاحق. (زین الدین). * إذا کان القبول بغیر لفظ «قبلتُ» علی الأحوط. (حسن القمّی). * کان ذلک بلفظ «تزوّجتکِ» ونحوه، فتقول هی: «قَبلتُ»، أو کان بلفظ «أنکحتُکِ»نفسی، أو «زوّجتُکِ» نفسی ونحوهما. (الروحانی).

وكذا الأحوط(۱) أن يكون . . . .

ص:۴۲۲

۱- هذا الاحتياط لا يُترك. (الإصفهاني، الإصطهباناتی). * لا يُترك. (الخمینی). * بل الأقوی؛ لأنّ حقیقه النكاح علی ما هو الظاهر اعتبار إضافه، وعلاقه بينالزوجين، مستلزمه لتسلّط الزوج علی الزوجه فی لوازم المزاوجه وآثارها، وإنكان لها عليه حقوق أيضاً، فيعتبر الإيجاب من قبل الزوجه باعتبار تسلّطها علينفسها بأن تجعلها تحت سلطنه الزوج بإنشاء زوجيّتها له، ولا سلطنه للزوج عليهاحتّی يجعلها تحت سلطنته بإنشاء زوجيّتها لنفسه أو زوجيّته لها، فلا محاله يعتبرمنه قبول ما أنشأت، والقول بأنّ المزاوجه علاقه بينهما من دون استلزام سَلطنهٍ منأحدهما علی الآخر، وإنّما أوجب عليهما الشارع ما أوجب لمصالح، فهو خلاف مايُتراءی من العرف والشرع، حيث قال عزّ وجلّ (الرِّجالُ قَوّامُونَ عَلَی النِّساءِ)(النساء: ۳۴.)وخيّرهم فی إمساكهنّ بالمعروف، أو تسريحهنّ بالإحسان، وغير ذلك من الأحكام ممّا لا مجال لذكره فی المقام. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لا يُترك، خصوصاً إذا كانت المادّه التزويج دون النكاح ونحوه. (اللنكرانی).

الإیجاب(۱) من جانب(۲) الزوجه، والقبول من جانب الزوج، وإن کان الأقوی(۳) جواز العکس(۴) .

وأن یکون القبول بلفظ «قبلت»، ولا یبعد(۵) کفایه «رضیت»(۶) .

۱- لا یُترک هذا الاحتیاط. (حسن القمّی).

۲- لا یُترک. (البجنوردی).

۳- فی إطلاقه تأمّل. (صدرالدین الصدر).

۴- إن اُرید بالعکس إیجاب الزوج بلفظ «أنکحتُکِ» نفسی مثلًا فصحّته محلّ إشکال،بل عدمها لا یخلو من رجحان. وإن اُرید به إیجابه بلفظ «نکحتک» أو «تزوّجتک»فلا بأس به، لکنّه راجع إلی تقدیم القبول، کما مرّ. (البروجردی). * صحّه الإیجاب من طرف الزوج غیر ظاهره، بل الظاهر العدم. (الشریعتمداری). * وهو الموافق للایات الکریمه، کقوله تعالی: (زَوَّجْنَاکَهَا)(الأحزاب: ۳۷.)، وقوله تعالی :(وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِین)(الدُخان: ۵۴، الطور: ۲۰.)، وقوله تعالی: (أُنکِحَکَ إِحْدَی ابْنَتَیَّ)(القَصص: ۲۷.). (السبزواری). * إذا کان مفاد الإیجاب من الزوج إنشاء الزوجیّه بضمّ الزوجه إلیه وتبعیّتها له، کماإذا قال: «تزوّجتُکِ» أو «نَکحتُکِ»، لا بمثل «زوّجتُکِ نَفْسِی» ممّا یدلّ علی تبعیّته هوللزوجه. (زین الدین).

۵- بل الکفایه هو الأقرب. (المرعشی).

۶- ومثله ک_«تزوّجتک» و«نکحتک». (اللنکرانی).

ولاـ يشترط ذكر المتعلّقات، فيجوز الاقتصار على لفظ «قبلت» من دون أن يقول: «قبلت النكاح لنفسى»، أو «لموكّلى بالمهر المعلوم».

والأقوى(۱) كفايه(۲) الإتيان(۳) بلفظ «الأمر»(۴) ، كأن يقول: زوِّجنى فلانه فقال: زوّجتكها، وإن كان(۵) الأحوط(۶) خلافه(۷) .

التعاقد بالإشاره وبالكتابه

(مسأله ۲) : الأخرس يكفيه(۸) الإيجاب والقبول بالإشاره(۹) مع قصد الإنشاء، وإن تمكّن من التوكيل على الأقوى(۱۰) .

۱- فى القوّه تأمّل، بل منع، ولقد شرحنا وجهه فى كتاب البيع، فراجع. (آقاضياء).

۲- الكفايه تختصّ بما [إذا] (أضفناه لاقتضاء السياق.) كان الأمر اُريد به قبول الإيجاب المتأخّر. (تقى القمّى).

۳- فى قوّته منع. (الكوه كَمَرى).

۴- محلّ إشكال. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * فيه تأمّل وإشكال. (البجنوردى).

۵- لا يُترك. (جمال الدين الگلپايگانى).

۶- لا يُترك. (اللنكرانى).

۷- هذا الاحتياط لا يُترك. (النائينى). * لا يُترك. (الإصطهباناتى، عبدالهادى الشيرازى، الخمينى، السبزوارى، حسن القمّى). * لا يُترك الاحتياط. (الخوئى). * لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

۸- الجزم بالكفايه مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (تقى القمّى).

۹- وبتحريك لسانه أيضاً. (الخوئى).

۱۰- الأولى والأحوط توكيله، خصوصاً إذا كان أحد طرفَى العقد، بل لا يُترك الاحتياط فيه؛ لإمكان التشكيك فى شمول الدليل لمثل ذلك. (آقاضياء). * والأحوط التوكيل مع إمكانه. (الكوه كَمَرى).

التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلّقات

(مسأله ٣) : لا يكفى(١) فى الإيجاب(٢) والقبول الكتابه(٣) .

(مسأله ۴) : لا يجب التطابق(۴) بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ(۵) المتعلّقات، فلو قال: «أنكحتك فلانه»، فقال: «قبلت التزويج»، أو بالعكس كفى(۶) . وكذا لو قال: «على المهر المعلوم»، فقال الآخر: «على الصداق المعلوم». وهكذا فى سائر المتعلّقات.

ص:۴۲۵

١- للقادر على التكلّم، وأمّا للعاجز ففيه إشكال، وكذا فى الاكتفاء بالإشاره مع القدرهعلى الكتابه، فالأحوط للعاجز عن التكلّم الجمع بين الكتابه والإشاره مع عدمالتوكيل. (محمّد رضا الگلپايگانى). * بالإضافه إلى المختار القادر على التكلّم، وأمّا العاجز فعدم الكفايه بالنسبه إليهمحلّ إشكال، بل لا يبعد تقدّمها على الإشاره الكافيه فى الأخرس. (اللنكرانى).

٢- على الأحوط فى غير الأخرس فإنّها نوع إشاره، ولعلّها أقوى منها. (محمّدالشيرازى).

٣- على الأحوط. (الروحانى).

۴- الأحوط رعايته. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * الأحوط التطابق فيما إذا لم يترادفا. (عبدالهادى الشيرازى). * فى المترادفات. (المرعشى).

۵- بل فى نفس ألفاظ الإيجاب والقبول أيضاً، فيجوز القبول بلفظ «نكحتُ» إذا كانالإيجاب بلفظ «زوّجتُ»، وكذا العكس. (اللنكرانى).

۶- محلّ إشكال. (الإصفهانى، البروجردى، عبدالله الشيرازى). * مشكل. (الإصطهباناتى). * وإن كان الأولى رعايه المطابقه. (السبزوارى).

الاکتفاء بلفظ «نعم» بعد الاستفهام

(مسأله ۵) : یکفی علی الأقوی فی الإیجاب(۱) لفظ «نعم»(۲) بعد الاستفهام، کما إذا قال: «زوَّجتَنی فلانه بکذا؟» فقال: «نعم»، فقال الأوّل : «قبلتُ»، لکنّ الأحوط(۳) عدم(۴) الاکتفاء(۵) .

اللحن فی الصیغه

(مسأله ۶) : إذا لَحنَ فی الصیغه: فإن کان مغیّراً للمعنی لم یکفِ(۶) ،وإن لم یکن مغیّراً فلا بأس به إذا کان فی المتعلّقات، وإن کان فی نفس اللفظَین کأن یقول: «جوّزتُکِ»(۷) بدل

ص:۴۲۶

۱- فیه نظر، وإن کان یشعر به بعض الروایات لکن لا وثوق فی اعتنائهم بسندهاومضمونها. (آقاضیاء).

۲- إن قصد به إنشاء الإیجاب، لا جواب الاستفهام. (المرعشی).

۳- هذا الاحتیاط لا یُترک. (النائینی، الکوه کَمَری). * بل الأقوی. (صدرالدین الصدر). * لا یُترک. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالهادی الشیرازی، عبدالله الشیرازی، الخمینی،المرعشی، محمّد رضا الگلپایگانی، السبزواری، اللنکرانی).

۴- لا یُترک. (جمال الدین الگپایگانی). * بل لا یخلو من قوّه. (زین الدین).

۵- لا یُترک. (الإصطهباناتی، البجنوردی، الفانی، حسن القمّی، الروحانی). * بل لا یبعد أن یکون هو الأظهر. (الخوئی).

۶- علی الأحوط. (محمّد الشیرازی).

۷- هذا من اللحن المغیّر للمعنی، فلا یکفی جزماً. (الإصطهباناتی). * هذا من اللحن المغیّر للمعنی، ولا یکفی بلا إشکال. (البروجردی). * هذا فی اللغه الدارجه (العامیه) المصریّه لیس مغیّراً للمعنی، وإلّا فکونه بحساللغه الفُصحی مغیّراً للمعنی واضح، وکیف کان فلا یُترک الاحتیاط بعدم الاکتفاءبمثله. (الفانی). * لا یکفی بمثل ذلک ممّا یکون اللحن مغیّراً للمعنی. (الخمینی). * الأقوی عدم کفایته لأنّه لحن مغیّر للمعنی. (محمّد رضا الگلپایگانی). * هذا من اللحن المغیِّر للمعنی، ولا وجه للاکتفاء به. (اللنکرانی).

«زوّجتُکِ»(۱) ، فالأحوط(۲) عدم الاکتفاء(۳) به(۴) . وکذا اللَحن فی الإعراب.

قصد الانشاء فی إجراء الصیغه

(مسأله ۷) : یشترط قصد الإنشاء(۵) فی إجراء الصیغه.

معرفه معنی الصیغه تفصیلاً

(مسأله ۸) : لا یشترط فی المُجرِی للصیغه أن یکون عارفاً بمعنی

۱- لا إشکال فی عدم الاکتفاء به. (الکوه کَمَری).

۲- لا یُترک، والمثال مناقَش فیه؛ لکونه مغیِّراً، فلا یکفی قطعاً. (المرعشی).

۳- لاـ یُترک، وأمّـا قوله: «جوّزتُکِ»، بـدل: «زوّجتُکِ»، الّـذی مُثِّلَ به فالظاهر فیه عـدمالجواز، وهو من اللحن المغیِّر للمعنی وإن کان یُستعمل الآن فی اللسان الدارج.(البجنوردی). * لا یُترک هذا الاحتیاط فیه وفی ما بعده. (زین الدین).

۴- استحباباً. (محمّد الشیرازی). * الأظهر هو الاکتفاء إن کان بنحوٍ لا یضرّ بظهور الکلام عرفاً فی إرادهالنکاح، وعدم الاکتفاء إن لم یکن له ذلک، ولعلّ المثال المـذکور فی المتنیختلف بحسب الأـمکنه والأفراد، فإنّ «جوّزت» لغه أهالی سواد العراق فی هذاالزمان، محرَّفهً عن اللغه العربیّه الأصیله، فلا بأس به إذا کان المباشر للعقدمن أهالی تلک اللغه. (الروحانی).

۵- لکنّه خفیف المؤونه جدّاً، فلا ینبغی الدِقّه فیه، الموجبه للوسوسه وقد نهیالشارع عنها. (محمّد الشیرازی).

الصیغه تفصیلاً، بأن یکون ممیّزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل یکفی(۱) علمه إجمالاً(۲) بأنّ معنی هذه الصیغه(۳) إنشاء النکاح والتزویج، لکنّ الأحوط(۴) العلم التفصیلیّ(۵) .

الموالاه بین الإیجاب والقبول

(مسأله ۹) : یشترط الموالاه(۶) بین الإیجاب والقبول(۷) ، وتکفی العرفیّه منها، فلا یضرّ الفصل فی الجمله بحیث یصدق معه أنّ هذا قبول لذلک الإیجاب، کما لا یضرّ الفصل بمتعلّقات العقد من القیود والشروط وغیرها وإن کثرت.

اتّحاد مجلس الإیجاب والقبول

(مسأله ۱۰) : ذکر بعضهم: أنّه یشترط اتّحاد مجلس الإیجاب والقبول، فلو کان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجِب: «زَوَّجتُ فلاناً فلانهَ» وبعد بلوغ الخبر إلیه قال: «قَبِلتُ» لم یصحّ.

وفیه: أنّه لا دلیل علی اعتباره من حیث هو، وعدم الصحّه فی الفرض

۱- اذا کان جاهلاً باللغه بحیث لا یفهم أنّ العلقه تحصل بلفظ «زوّجت» مثلاً، أوبلفظ «موکّلتی» فصحّته محلّ إشکال، وإن علم أنّ هذه الجمله لهذا المعنی.(الخمینی).

۲- لا یکفی هذا النحو من الإجمال. (الکوه کَمَری).

۳- بأن یقصد إنشاء الزوجیّه بها، کما أنّ غیر العربیّ یُنشِئ التحیّه بجمله «السلامعلیکم»، مع عدم العلم التفصیلیّ بمعنی هذه الجمله. (الفانی).

۴- لا یُترک. (البروجردی، عبدالله الشیرازی، المرعشی، محمّد رضا الگلپایگانی، اللنکرانی).

۵- هذا أیضاً من زمره الاحتیاطات السابقه الّتی یمکن دعوی القاعده علی خلافه،ولکنّ شدّه الاحتیاط بأمر النکاح أوجبه. (آقاضیاء).

۶- بحیث تصدق المطابقه والمعاهده، بل المطاوعه. (المرعشی).

۷- علی الأحوط، وإن کان لا دلیل علیه. (الروحانی).

المـذکور إنّما هو من جهه الفصل الطويل، أو عـدم صـدق المعاقـده والمعاهـده؛ لعـدم التخاطب، وإلّا فلو فُرِض صـدق المعاقده وعـدم الفصـل مع تعـدّد المجلس صـحّ، کما إذا خاطبه وهو فی مکانٍ آخر لکنّه يسـمع(۱) صوته(۲) ، ويقـول: «قَبِلتُ»(۳) بلا فصلٍ مضرٍّ فإنّه يصدق عليه المعاقده.

التنجيز فی العقد

(مسأله ۱۱) : ويشترط فيه التنجيز، کمـا فی سـائر العقود، فلو علّقه علی شـرطٍ أو مجیء زمـانٍ بطل، نعم، لو علّقه علی أمرٍ محقّقٍ معلومٍ کأن يقول : «إن کان هذا يوم الجمعه زوّجتُکَ فلانهَ» مع علمه بأنّه يوم الجمعه صحّ، وأمّا مع عدم علمه(۴) فمشکل(۵) .

ص:۴۲۹

۱- ولو بواسطه الآلات الحديثه المُوصِلَه للصوت، کالهاتف ونحوه. (زين الدين).

۲- ولعلّ من اعتبر اتّحـاد المجلس يعتبره فی غير هـذه الصوره. (الإصـفهانی). * ولو بواسـطه الأدوات الجديـده الاـختراع علی الأـقوی. (صدرالـدين الصـدر). * کمـا هو الحـال فی بعض وسائـل المخابرات کالتلفون. (عبـدالله الشـيرازی). * وإن کان ذلک بسبب آلات المخابرات الحـديثه، بشـرط الجزم بکونه صوته. (الفانی). * ولو بالآلات المستحدَثَه فی عصـرنا علی إشکالٍ فيها. (المرعشی).

۳- کالهاتف واللاسلکی ونحوهما. (محمّد الشيرازی).

۴- بل الظاهر بطلانه. (جمال الدين الگلپايگانی).

۵- بـل الظـاهر بطلاـنه. (النـائينی). * لاـ يصـحّ قطعاً، بل فی الصوره الاُولی أيضاً لا يخلو من إشـکال. (الإصـفهانی،البروجردی، عبـدالله الشـيرازی). * بل غير صـحيح. (الکوه کَمَری). * فی الفرض الأوّل، وأمّا الثانی فباطل. (صدرالدين الصدر). * بل الظاهر بطلانه، کما أنّ الصوره الاُولی لا تخلو من إشـکال. (الإصـطهباناتی). * بل باطل، ومع علمه فمشـکل. (البجنوردی). * بل يجری الإشـکال فی الفرض الأـوّل أيضـاً. (الشـريعتمداری). * الأـقوی الصـحّه فی هـذه الصوره أيضـاً، ولاـ إجماع يشـمل المورد قابلاً للاعتمادعليه. (الفانی). * بل باطل. (محمّد رضا الگلپايگانی).

وقوع العقد على وجه يخالف الاحتياط

(مسأله ۱۲) : إذا أوقَعا العقدَ على وجهٍ يخالف الاحتياط اللازم مراعاته: فإن أرادا البقاء فاللازم الإعاده على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط(۱) الطلاق(۲)، وإن كان(۳) يمكن(۴) التمسّك(۵)

ص:۴۳۰

۱- أي الوجوبيّ. (اللنكرانى).

۲- هذا الاحتياط لا يُترك. (البجنوردى، الخوئى). * لا محيصَ عنه. (السبزوارى). * لا يُترك. (الروحانى).

۳- فيه تأمّل. (صدرالدين الصدر).

۴- الإمكان يختصّ بما تكون الشبهه بعد الفحص، وأمّا إذا كانت قبل الفحص، أوكانت مقرونهً بالعلم الإجماليّ المنجّز فجريان الأصل مشكل. (تقى القمّى).

۵- لو لم يكن وجه احتياطه تزلزله في اجتهاده ولو من جهه عدم اطمئنانه بفحصه،أو استظهاره من الدليل ولو لشوب ذهنه واتّهامه في حدسه، كما أنّ كثيراً مناحتياطاتنا من هذا القبيل، مع وضوح كون مواردها مجارى العمومات، أو الاُصولالنافيه الّتى لابدّ من المجتهد أن ينتهى إليهما بعد قصور يده عن المثبتات للتكليف،ولقد أشرنا آنفاً أيضاً إلى وجه عدم ترك الاحتياط المذكور من المصنّف في بابالنكاح؛ فإنّها طُرّاً من هذا القبيل، وإلّا فشأن المجتهد بعد تماميّه فحصه المشى عليطبق القواعد والاُصول، عصمنا الله عن الخطأ والزلل. (آقاضياء). * هذا وظيفه المجتهد، ويُفتى نتيجته للمقلِّد الشاكّ. (عبدالله الشيرازى). * لا يخفى أنّ إجراء الأصل في الشبهات الحكميّه من وظيفه المجتهد، ولو كانالمجتهد جازماً بجريان الأصل، أو أمكنه ذلك لَما حكم بالاحتياط اللازم، فلامحيصَ عن الطلاق لو أرادا الفراق. (الشريعتمدارى). * التمسّك بأصاله عدم التأثير كالتمسّك بمطلقات الصحّه، ينافي الحكم بالاحتياطالوجوبيّ؛ إذ مع جريان الإطلاق أو الرجوع إلى أصاله الفساد لا معنى للاحتياطالوجوبيّ. (الفانى). * للمجتهد بشروطه. (محمّد الشيرازى).

بأصاله(۱) عدم التأثير(۲) . . . .

ص:۴۳۱

۱- لكن يُجريها المجتهد الفاحص عن الأدلّه وليس إجراؤها من وظيفه المقلِّدالعامّىّ. (البروجردى). * يعنى يمكن للفقيه التمسّک بأصاله عدم التأثير فى الزوجيّه. (محمّد رضا الگلپايگانى). * يَرِدُ على التمسّک بهذا الأصل ـ مضافاً إلى كونه موجباً للخروج عن الفرض ـ أنّإجراءه فى الشبهات الحكميّه من وظائف المجتهد، مع أنّ جريان الأصل فى الأعدام الأزليّه محلّ إشكال. (اللنكرانى).

۲- * لكن يُجرِيها المجتهد الفاحص عن الأدلّه، وليس إجراوها من وظيفه المقلِّدالعامّىّ. (الإصفهانى). * هذا الأصل ممّا لا أصل له، نعم، يجرى بعض اُصول اُخر، لكنّ المُجرِى هوالمجتهد. (الخمينى). * والمجرِى لها هو المجتهد، وجريانها متوقّف على عدم جريان أصاله الصحّه فى الشبهات الحكميّه، وإلّا فهى حاكمه عليها. (المرعشى). * لو لم تجرِ أصاله الصحّه فى الشبهات الحُكميّه، وعلى كلّ حالٍ فإجراء مثل هذه الاُصول من وظائف المجتهد المتفحّص الجازم بمجراها دون المتردّد، فكيفبالعامّىّ؟ (السبزوارى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترک. (حسن القمّى).

فی الزوجیّه(۱) .

وإن کـان علی وجهٍ یخـالف الاحتیـاط الاسـتحبابیّ فمع إراده البقاء الأحوط الاسـتحبابیّ إعادته علی الوجه المعلوم صـحّته، ومع إراده الفراق فاللازم الطلاق.

شرط کمال العاقد

(مسأله ۱۳) : یشترط فی العاقـد المُجرِی للصِـیغه: الکمال بالبلوغ والعقل، سواء کان عاقداً لنفسه، أم لغیره، وکالهً(۲) أو ولایهً أو فضولاً، فلا اعتبار(۳) بعقد الصبیّ، ولا المجنون ولو کان أدواریّاً حال جنونه، وإن أجاز ولیّه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته علی

المشهور، بل لا خلاف فیه.

ص:۴۳۲

۱- لا ـ یُترک الطلاـق علی الأـحوط. (النـائینی، جمـال الـدین الگلپایگـانی، عبـدالهادی الشـیرازی). * بـل الأـحوط الطلاـق. (الإصـطهباناتی). * إمکان التمسّک بالأصل المذکور یعنی: أنّ الاحتیاط غیر واجب المراعاه، وهوخلاف المفروض فی المسأله، أمّا فی فرض المسأله فلابدّ من الطلاق الاحتیاطیّ إذا أراد الفراق. (زین الدین).

۲- فی إطلاق الحکم إشکال. (تقی القمّی).

۳- لانصراف الأدلّه عنه، وکذا السَکری، والنصّ فیها مُأوّل أو مطروح، کما سیجیء.(المرعشی).

لكنّه فی الصبیّ الوکیل عن الغیر محلّ تأمّل(۱) ؛ لعدم(۲) الدلیل(۳) علی

ص:۴۳۳

۱- الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (النائینی،الإصطهباناتی). * لا تأمّل فی عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدین الصدر). * والأقوی الصحّه. (الفانی). * بل منع. (الخوئی). * فلا یُترک فیه مراعاه الاحتیاط وکذا فی عقده لنفسه بإذن الولیّ أو إجازته. (محمّدرضا الگلپایگانی). * الأظهر نفوذ عقد الصبیّ إذا کان بإذن الولیّ، أو کان وکیلاً فی إجراء الصیغهخاصّه، وبطلانه إذا کان مستقلّاً فی التصرّف، وبه یظهر الحال فی ما قبله وما بعده.(الروحانی).

۲- بل الأقوی اعتبار إجراء(فی أصل التعلیقه: «أجر»، والصحیح ما أثبتناه.) النکاح وعقده وصحّته منه. (الفیروزآبادی). * الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (جمال الدین الگلپایگانی). * النصّ الخاصّ دالّ علی أنّ عمده وخطأه واحد، فلا أثر لفعله علی الإطلاق، ولایصحّ عقده بإجازته بعد البلوغ، ولا بإجازه ولیّه. (تقی القمّی).

۳- یکفی فیه إطلاق معاقد الإجماعات، وبعض وجوهٍ اُخر تعرّضناه فی کتاب البیع.(آقاضیاء). * بل الدلیل هو الإجماع، بل الضروره، کما ادّعاها صاحب الجواهر ۱(جواهر الکلام: ۲۶/۲۱.) علیکون الصبیّ مسلوب العباره؛ وعلیه لا فرق بین هذه الصوره وما إذا کان لنفسه بإذنالولیّ أو إجازته. (اللنکرانی) .

سلب عبارته(۱) إذا كان عارفاً بالعربيّه وعلم قصده(۲) حقيقةً(۳) ، وحديث(۴) «رفع القَلَم»(۵) منصرف عن مثل هذا. وكذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ(۶) ، أو إجازته، أو إجازته هو بعد البلوغ. وكذا لا اعتبار بعقد السكران(۷) ، فلا يصحّ ولو مع الإجازه بعد الإفاقه.

وأمّا عقد السَكرَى إذا أجازت بعد الإفاقه ففيه قولان(۸) ، فالمشهور(۹) أنّه كذلك(۱۰) .

۱- الأقوى سلب عبارته. (الخمينى).

۲- الظاهر صحّه عقده فى هذه الصوره إذا كان وكيلاً عن الغير. (حسن القمّى).

۳- بل الصحّه حينئذٍ غير بعيده. (محمّد الشيرازى).

۴- [۴] كتاب الاُمّ للشافعى: ۲/۳۰، ۵/۲۷۵، قرب الإسناد للحميرى: ۱۵۵، الخصال: ۹۳ ح۴۰، مسندأحمد: ۶/۱۰۰، المستدرك للنيسابورى: ۲/۵۹، سنن الدارقطنى: ۳/۱۰۳.

۵- هذا الحديث ناظر إلى رفع العقوبه من حيث ملاك الرفع وهو الامتنان، ومن حيثسياق الحديث وهو وجود النائم. (الفانى).

۶- لا ينفذ تصرّف الصبىّ ولو بإذن الوليّ، نعم ، لو أجاز الوليّ عقده نفذ؛ بناءًعليعدم كونه مسلوبَ العباره. (الكوه كَمَرى).

۷- إذا بلغ سُكرُه إلى حدّ عدم التحصيل والتمييز بأن لم يلتفت إلى ما يقول، ولعلّه المراد من العباره بقرينه حمل الروايه الوارده فى السَكرى على غير هذه الصوره.(اللنكرانى).

۸- أقواهما عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدين الصدر).

۹- وهو الأقوى. (الشريعتمدارى، السبزوارى).

۱۰- وهو الأقوى. (الكوه كَمَرى).

وذهب جماعه(۱) إلی الصحّه؛ مستندین إلی صحیحه ابن بزیع(۲)، ولا بأس(۳) بالعمل بها(۴) وإن کان الأحوط خلافه؛ لإمکان حملها(۵) علی ما إذا لم یکن سُکرها(۶) بحیث لا التفات لها إلی ما تقول، مع أنّ المشهور لم یعملوا بها وحملوها علی محامل، فلا یُترک(۷) الاحتیاط.

وکاله السفیه عن الغیر فی العقد

(مسأله ۱۴) : لا بأس بعقد السَفِیه إذا کان وکیلًا عن الغیر فی إجراء

ص:۴۳۵

۱- [۱] النهایه ونُکتها للطوسی: ۴۶۸، المختصر النافع للمحقّق: ۱۷۰، کشف الرموز للابی: ۲/۹۹، شرحاللمعه: ۵/۱۱۲، نهایه المرام: ۱/۲۹.

۲- [۲] الوسائل: الباب (۱۴) من أبواب عقد النکاح، ح ۱.

۳- مشکل فیما إذا کان السُکر بحیث لا التفات لها إلی ما تقول. (محمّد رضاالگلپایگانی).

۴- فی ما هی ظاهره فیه، وهو کون السَکری ملتفتهً إلی ما تقول، کما یدلّ علیه قولالسائل فیها: «فَزَوَّجَتْ نفسَها رجلاً فی سُکرِها». (زین الدین).

۵- وحمل إنکار المرأه علی کون الزواج خلاف صلاحها. (المرعشی). * هو بعید جدّاً، والعمده دعوی إعراض المشهور، وهی غیر ثابتهٍ؛ لعمل جماعهٍ من المتقدِّمین بها علی أنّ کبری هذه الدعوی غیر ثابته. (الخوئی). * لا وجه للحمل المذکور؛ فإنّ الحدیث تامّ سنداً ودلالهً، فلابدّ من العمل علی طبقه. (تقی القمّی). * بل لعلّه الظاهر منها. (اللنکرانی).

۶- بل لعلّه الظاهر من الصحیحه. (الفانی).

۷- بل الأقوی بطلانه؛ لعدم الاعتناء بالروایه؛ لضعفها، وعدم صحّه إطلاق العقد علیما صدر من السَکران. (آقاضیاء).

الصیغه، أو أصیلاً مع إجازه(۱) الولیّ. وکذا لا بأس(۲) بعقد المُکرَه علی إجراء الصیغه للغیر، أو لنفسه إذا أجاز(۳) بعد ذلک(۴) .

شرط الذکوره فی العاقد

(مسأله ۱۵) : لا تُشترط الذکوره فی العاقد، فیجوز للمرأه الوکاله عن الغیر فی إجراء الصیغه، کما یجوز إجراؤها لنفسها.

شرط بقاء أهلیّه المتعاقدین إلی تمام العقد

(مسأله ۱۶) : یُشترط بقاء المتعاقدَین علی الأهلیّه إلی تمام العقد،

فلو أوجب ثمّ جُنَّ أو اُغمِیَ علیه قبل مجیء القبول لم یصحّ(۵) . وکذا لو أوجب ثمّ نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّه، وکذا الحال فی سائر العقود، والوجه(۶) عدم صدق المعاقده(۷) والمعاهده(۸) ، مضافاً إلی دعوی الإجماع وانصراف الأدلّه.

شرط تعیین الزوج والزوجه

(مسأله ۱۷) : یشترط تعیین الزوج والزوجه علی وجهٍ یمتاز کلّ منهما عن غیره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره، فلو قال: «زوّجتُکَ

۱- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۲- بل فیه بأس، ولا أثر للإجازه المتأخّره. (تقی القمّی).

۳- أی إذا کان العقد لنفسه. (صدرالدین الصدر).

۴- یعنی فی الصوره الثانیه. (زین الدین).

۵- فی إطلاقه نظر. (عبدالهادی الشیرازی). * علی الأحوط. (محمّد الشیرازی).

۶- فی جریان الأدلّه فی جمیع صور المسأله وفروضها إشکال. (اللنکرانی).

۷- فیه تأمّل. (محمّد الشیرازی).

۸- هذا الوجه لا یتمّ، وبیان وجه العدم کبیان وجه الاشتراط لا یسعه المجال.(الروحانی).

إحدی بناتی»(۱) ، بطل، وکذا لو قال: «زوّجت بنتی أحد ابنیک» أو «أحد هذین». وکذا لو عیّن(۲) کلّ منهما غیر ما عیّنه الآخر، بل وکـذا لو عیّنا معیّناً من غیر(۳) معاهـدهٍ بینهما، بل من باب الاتّفاق صار ما قصـده أحـدهما عین ما قصده الآخر، وأمّا لو کان ذلک(۴) مع المعاهده(۵) لکن لم یکن(۶) هناک دالّ(۷)

ص:۴۳۷

۱- من دون قصدٍ لواحدهٍ معیّنهٍ أیضاً. (اللنکرانی).

۲- أی فی القصد والنیّه. (اللنکرانی).

۳- لا ـ فرق بین المعاهـده السـابقه وعـدمها؛ فإنّ المیزان فی الصـحّه وقوع الإیجابوالقبول علی موردٍ واحـد، ویصـدق أنّهما عَقَـدَا وزَوَّجَا المرأه الفلانیّه، فإذا صدق هذاالمعنی ولو صدفهً یصحّ النکاح. (تقی القمّی).

۴- لا فرق بین هذه الصوره وسابقتها فی الإشکال والدفع. (الفانی).

۵- إذا تقاوَلاَ وتَعاهَـدا علی معیّنٍ فَعَقَـدا بلا فصلٍ مبتیّاً علیه فالظاهر الصـحّه، کما إذاقال بعـد ذلک: زوّجتُ بنتی منکَ، لکنّه من قبیـل القرینه الخـارجیّه الحافّه بالکلام.نعم، لو قال بعـد التعاهـد: «زوّجتُ إحـدی بناتی» تشـکل الصـحّه. (الخمینی). * بأن یکون الزوجـان معلومَین عنـدهما، من غیر أن یـذکرا فی العقـد إلّـا بعبـاراتٍمشترکه، مثـل: ابنی وبِنـتی، وابنَـک وبِنتَـک. (محمّـد رضـا الگلپایگانی).

۶- مع دخـل اللفـظ فی إبراز المعاهـده فی بـاب النکـاح الأقوی اعتباره، کما لا یخفی.(آقاضـیاء). * ولـم یکن فی اللفظ أیضاً ما یـدلّ بظاهره علی خلافه، مثل أن یقول بعـد التعاهدعلی معیّنه: «زوّجتُکَ إحدی بناتی»، فإنّ الظاهر البطلان فی مثل هذا الفرض. (اللنکرانی).

۷- بأن عیّنا فی المقاوله، ویقول أحـدهما: «أنکحتُ» والآخر: «قبلتُ». (عبدالله الشـیرازی). * المعاهده الخارجیّه ملازمه مع تحقّق الدالّ عرفاً، فکیف یفرض الانفکاک بینهما؟!(السبزواری).

على ذلك[(١)] : من لفظٍ، أو فعلٍ، أو قرينهٍ خارجيّهٍ[(٢)] مفهمهٍ فلا يبعد الصحّه[(٣)] ، وإن كان الأحوط[(۴)] خلافه، ولا يلزم تميّز ذلك[(۵)] المعيّن عندهما حال العقد، بل يكفى التميّز[(۶)] الواقعىّ[(٧)] مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: «زوّجتُکَ بِنتِى الكبرى» ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنتَين،

ص:۴۳۸

١- العباره لا- تخلو من إجمال؛ فإنّ تحقّق المعاهده مع انتفاء ما يـدلّ على وحـدهالمقصود غير متصوّر، وإجراء العقـد مبتيّاً على المعاهـده يـدلّ على وحدته فى العقدأيضاً. (البروجردى). * بأن اتّفقا على معيَّنٍ ولم يذكراه فى العقد إلّا باللفظ المشترک، فقال مثلاً: «زوّجتُکَ ابنَتِى» مع تعدّد بناته فى الخارج. (زين الدين).

٢- أى غير المعاهده. (اللنكرانى).

٣- بل يبعد. (الكوه كَمَرى). * مشكل، فلا يُترک الاحتياط. (الشريعتمدارى). * إن قيل بوقوع العقد مبتيّاً وكفايه البناء فى باب الإنشاء، ولا تخلو الصغريوالكبرى من شوب الإشكال. (المرعشى).

۴- لا يُترک. (عبدالله الشيرازى).

۵- الأحوط اعتباره. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

۶- فيه تأمّل. (الإصفهانى).

٧- محلّ تأمّل. (الإصطهباناتى). * لا يخلو من نظر وإشكال، بل الأحوط اعتبار التمييز عنـدهما حال العقـد.(البجنوردى). * فيه تأمّل. (حسن القمّى).

لکـن بـالرجوع إلى الـدفتر يحصـل لـه العلـم، نعم، إذا کـان مميِّزاً واقعـاً ولکن لم يمکن العلم به ظـاهراً ــ کمـا إذا نسـی تـاريخ ولادتهما ولم يمکنه العلم به ــ فالأقوی(۱) البطلان(۲) ؛ لانصراف الأدلّه عن مثله. فالقول بالصحّه والتشخيص بالقرعه ضعيف.

۱- بل لا يُترک الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * لا قوّه فيه إن لم يکن الأقوی خلافه. (تقی القمّی).

۲- بل الأقوی إجراء حکم الشبهه المحصوره عليهما. (آقاضياء). * محلّ تأمّل، فلا يُترک الاحتياط بالطلاق. (البروجردی، عبدالله الشيرازی). * محلّ إشکال، فلا يُترک الاحتياط بالطلاق. (الإصطهباناتی). * لا يُترک الاحتياط بالطلاق. (عبدالهادی الشيرازی). * ولکنّ الأحوط لزوم الطلاق. (البجنوردی). * لابـدّ من رعايه الاحتياط بالطلاق. (الفانی). * محلّ إشـکال، فلا يُترک التخلّص بالاحتيـاط. (الخمينی). * ولاحتمـال القرعه وجه، ولکن لاـ يُترک الاحتيـاط بالطلاـق؛ حتّی يکون عـدم المانعمن التزويـج بالغير محرَزاً بالوجدان. (المرعشـی). * فی القوّه إشکال، بل الصحّه غير بعيده. (الخوئی). * لا يُترک فيه مراعاه الاحتياط. (محمّد رضا الگلپايگـانی). * والأـحوط التخلّص بالطلاـق. (السبزواری). * وهو مشـکل، فلاـ تُترک فيه مراعاه الاحتياط بالطلاق، ثمّ تجـديد العقد على المعيَّنإذا أراد. (زين الدين). * فيه إشکال، والأحوط الطلاق. (محمّد الشيرازی). * الصحّه لا تخلو من وجهٍ وجيه، فلا يُترک الاحتياط بالطلاق. (الروحانی). * فيه منع، والاحتياط لا يُترک. (اللنکرانی).

اختلاف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشاره

(مسأله ۱۸) : لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشاره(۱) اُخذ بما هو المقصود واُلغى ما وقع غلطاً(۲) ، مثلًا لو قال: «زوّجتُكَ الكبرى من بَناتَى فاطمه»، وتبيّن أنّ اسمها خديجه(۳) صحّ(۴) العقد على خديجه الّتى هى الكبرى.

ولو قال: «زوّجتك فاطمه» وهى الكبرى، فتبيّن أنّها صغرى صحّ على فاطمه؛ لأنّها المقصود(۵) ، ووصفها بأنّها كبرى وقع غلطاً فيُلغى.

وكذا لو قال: «زوّجتك هذه» وهى فاطمه أو وهى الكبرى فتبيّن أنّ

ص:۴۴۰

۱- لكن إذا كان المقصود العقد على الكبرى فتخيّل أنّ المرأه الحاضره هى الكبريفقال: «زوّجتُكَ هذه» وهى الكبرى فالصحّه بالنسبه إلى الحاضره لا تخلو من وجه،لكن لا يُترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق. (الخمينى).

۲- هذا صحيح، ولكن ليس ذكرها أوّلاً ـ دليلاً ـ على كونها المقصود، وذكرها ثانياً دليلًاعلى أنّ الغلط فيها، بل يختلف بحسب المقامات، والتشخيص موكول إلى القرائن.(الشريعتمدارى). * وتمييز ما هو المقصود منهما عمّا وقع غلطاً إنّما يكون بالقرائن الدالّه على ذلك،وليس ذكره أوّلًا دليلًا على أنّه هو المقصود دائماً، وذكره ثانياً دليلًا على أنّه وقعغلطاً كذلك. (زين الدين).

۳- إن كان المقصود الكبرى، والاشتباه وقع فى الاسم وعلى فاطمه إن كانت هيالمقصوده، والاشتباه وقع فى كونها كبرى، وكذا فى ما ذكره بعد هذا، ولا اعتباربالعنوان المذكور أوّلًا. (الفيروزآبادى).

۴- مع كون الكبرى هى المقصوده. (اللنكرانى).

۵- أى على تقدير كونها هى المقصوده، كما يستفاد من عباره الإيجاب أيضاً، وكذلك فى الفرض الآتى. (اللنكرانى).

اسمها خدیجه، أو أنّها صغری فإنّ المقصود تزویج المشار إلیها، وتسمیتها بفاطمه، أو وصفها بأنّها الکبری وقع غلطاً فیلغی.

تنازع الزوجین فی التعیین وعدمه

(مسأله ۱۹) : إذا تنازع(۱) الزوج والزوجه(۲) فی التعیین(۳) وعدمه(۴) حتّی یکون العقد صحیحاً أو باطلاً فالقول قول مدّعِی الصحّه(۵) ، کما فی سائر

ص:۴۴۱

۱- العباره لا تخلو من إجمالٍ وتشویش. (صدرالدین الصدر).

۲- أی ولیّها، والنزاع إنّما هو فی التعیین وعدمه بحسب القصد؛ إذ لا أثر لعدمه فیالعقد، فمدّعی التعیین إنّما یدّعی صحّه العقد الراجعه إلی وقوع العقد علی المعیَّن،وخصمه یدّعی البطلان الراجع إلی وقوعه علی غیر المعیَّن، فالنزاع إنّما هو فیالوصف، ومدّعی الصحّه مقدَّم. (اللنکرانی).

۳- ظاهر العباره هو کون النزاع فی وقوع العقد علیها أو علی امرأهٍ اُخری، فیکونأجنبیّاً عن جریان أصاله الصحّه فیه، بل یقدّم قول المنکر بیمینه، نعم، لو تسالماعلی وقوع العقد علیها وکان النزاع فی صحّته أو فساده یقدَّم قول مدّعی الصحّه.(النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * بعد اتّفاقهما فی وقوع العقد، والاختلاف فی التعیین واللاتعیین. (الخمینی).

۴- إن کان النزاع فی عدم التعیین حتّی قبل العقد فهو یرجع إلی النزاع فی وقوع العقدعلی المعیَّن، والأصل عدمه. وإن کان النزاع فی التعیین عند ذکر اللفظ بأن یدّعیبعدم إتیان لفظٍ دالٍّ علی التعیین وإن کان الزوجان معیَّنَین عند العاقدَین فقد تقدّممنه قدّس سرّه الحکم بالصحّه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- إذا لم یرجع إلی التنازع فی وقوع العقد علی المعیَّن، وعدمه، وإلّا فالقول قولالمنکِر مع یمینه. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالله الشیرازی). * إذا لم یکن راجعاً إلی التنازع فی وقوع العقد علی المعیَّن، وعدمه، وإلّا فالقول قول المنکِر بیمینه. (الإصطهباناتی). * إذا لم یرجع النزاع إلی إنکار الزوجه إنشاء الزوجیّه لنفسها، أو إنکار الزوج قبول الزوجیّه لنفسه، وإلّا فالقول قول المنکر. (الفانی). * فی صوره عدم أوّل(کذا فی أصل النسخه، والکلمه مبهمه، والظاهر (تأوّل).) التنازع إلی النزاع فی وقوع العقد علی المعیّن قبل العقد أوعدمه، وإلّا فالأصل عدمه، والقول قول منکره مع الیمین. (المرعشی). * إذا اعترفا بوقوع العقد وکان النزاع فی وجود الخصوصیّات الّتی تشترط فیصحّه العقد وعدمها، وأمّا إذا کان النزاع فی أصل وقوع العقد علی المعیّن وعدمه فالقول قول المنکر، ولا مجال لأصاله الصحّه. (البجنوردی). * الاختلاف فی التردید أو عدم التعیین نظراً إلی الأمثله الّتی ذکرها الماتن فی المسأله السابعه عشره علی وجوه: الأوّل: أن یدّعی أحدهما التعیین، والآخر یدّعی وقوعه علی وجه التردید، فتقول هند: «إنّک زوجتنی»، ویقول الزوج: «إنّی زوّجتُإحدی الاُختَین» ففی هذه الصوره أصاله الصحّه لا تُثبِت وقوع العقد علی هند.الثانی: أن یدّعی أحدهما الإیجاب والقبول فی المعیّن، ویدّعی الآخر اتّفاقهما علی هندٍ مثلاً، وفی هذه الصوره ــ مضافاً إلی ما ذکر فی الأوّل ــ أنّ أصاله الصحّه إنّماتجری إذا اُحرز عنوان العقد، والفرض احتمال اختلاف الإیجاب والقبول فیالمعیَّن، وعلی الاحتمال فلا عقد حتّی تجری فیه أصاله الصحّه؛ إذ العقد لا یتحقّق إلّا مع القبول، ولا قبول إلّا إذا تضمّن الرضا بالإیجاب. الثالث: أن یتّفقا علی التعیینوالمعیّن، ویختلفا فی نصب القرینه، وفی مثله تجری أصاله الصحّه، فتحصّل أنّإجراء أصاله الصحّه لا یصحّ إلّا فی الفرض الثالث. (الشریعتمداری). * إذا کان النزاع فی وقوع العقد علی المعیّن وعدمه ــ کما هو ظاهر العباره ــ لم

يكن مجال للتمسّك بأصاله الصحّه. (الخوئى). * مع اتّفاقهما على وقوع العقد على معيّن، والنزاع فى صحّته وفساده، وإن كان النزاع فى أصل وقوع العقد على المعيّن وعدمه فيقدَّم قول المنكِر بيمينه.(السبزوارى). * تعيين الزوجه والزوج من مقوّمات عقد النكاح، وإذا شكّ فيه لم يحرز موضوع العقد، وأصاله الصحّه إنّما تجرى بعد إحراز عنوان العقد، فالقول قول المنكِر معيمينه. (زين الدين). * فى إطلاقه نظر. (محمّد الشيرازى). * إذا لم يرجع النزاع فى وقوع العقد على المعيّن وعدم وقوعه، وإلّا فالقول قول المنكِر مع يمينه. (حسن القمّى). * جريان أصاله الصحّه مع عدم إحراز أركان العقد محلّ الإشكال؛ وعليه لا يمكن الحكم بالصحّه فى مفروض الكلام، بل النتيجه هى البطلان. (تقى القمّى).

الشروط إذا اختلفا فيها، وكما فى سائر العقود(۱) .

الاتّفاق على التعيين والاختلاف فى المعيّن

وإن اتّفقـا الزوج وولىّ الزوجه على أنّهما عيّنا معيّناً وتنازعا فيه أنّها فاطمه أو خـديجه فمع عـدم البيّنه المرجع التحالف(۲) ، كما فى سائر العقود.

ص:۴۴۳

۱- وكذلك سائر العقود إنّما تجرى أصاله الصحّه فيها إذا كان الشكّ فى شرائط العقد،لا فى مقوّماته. (زين الدين).

۲- ويترتّب عليه سـقوط الـدعوى فقط، فليس لكلٍّ من طَرَفَى الـدعوى إلزام الآخر بمايـدّعيه. وأمّا كون التحالف موجباً لانفساخ العقد كما فى الجواهر(جواهر الكلام: ۲۹/۱۵۴ ـ ۱۵۷.) فمحـلّ منع، بلااللازم على كلٍّ منهما أن يعمل بما هو وظيفته فى الواقع. (الخوئى). * فى إطلاق هـذا الحكم تأمّل. (زين الـدين). * لكن لا يترتّب عليه فساد العقد، بل لكلّ واحدٍ من الطرفَين العمل بما تكونوظيفته له بينه وبين ربّه. (تقى القمّى).

نعم، هنا صوره واحـده اختلفوا فيها، وهى: ما إذا كان لرجلٍ عـدّه بناتٍ فزوّج واحدهً ولم يسـمِّها عند العقد، ولا عيّنها بغير الاسم، لكنّه قصدها معيّنهً واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع(۱) إلى التحالف(۲) ، الّذى هو مقتضى

ص:۴۴۴

۱- فى ثبوت الشهره إشكال، بل منع. (السبزوارى).

۲- الرجوع إلى التحالف محلّ نظر، بل مقتضى القاعـده تقـديم قول الأب فإنّه أعلمبقصـده، غايته أنّ للزوج حقّ اليمين عليه، بل فى الحقيقه لا معنى لمنازعه الزوجللأب فى ما قصـده كى يـدخل فى باب التحالف، بل الحكم هو أن يحلف الأب أنّهعيّن فلانه، فإمّـا أن يقبـل الزوج بها أو يطلّق، ويجرى عليه أحكام الطلاق قبلالـدخول، نعم، لو أخبره الأب بما عيّن فتنازعا فى ما أخبره كان الحكم هو التحالف،فإن حلفا أو نَكَلا بطل كلّ من الدعويَين، والأحوط مع ذلك الطلاق لهما معاً، وإنحلف أحدهما مضـى قوله على الآـخر. (كـاشف الغطـاء). * بل المشـهور بين مَن تعرّض للمسأله هو ما تضـمّنته الروايه، فقـد أفتى بها الشـيخ(النهايه ونُكتها للطوسى: ۲/۳۱۷.)والقاضـى(المهذّب لابن البرّاج: ۲/۱۹۶.) والمحقّق(شـرائع الإسلام: ۲/۲۴۷.) والعلّامه(مختلف الشيعه: ۷/۱۱۸.) وغيرهم، نعم، خرّجهـا المتـأخّرون على أنّه إذا رآهنّ كان قـد وكّل التعيين إلى أبيهنّ وقبل نكاح مَن نواها هو، فيرجع النزاع إلى تعيين مَن نواها، فيكون القول قوله؛ لأنّه كالوكيل، وهو أعرف بنيّته.(البروجردى).

قاعده الدعاوی.

وذهب جماعه(۱) إلی التفصیل بین ما لو کان الزوج رآهُنّ جمیعاً فالقول قول الأب(۲) ، وما لو لم یَرَهُنَّ فالنکاح باطل، ومستندهم صحیحه أبی عُبَیده الحذّاء(۳).

وهی وإن کانت صحیحهً إلّا أنّ إعراض(۴) المشهور(۵) عنها(۶) ، مضافاً

۱- [۱] النهایه ونُکتها للطوسی: ۲/۳۱۷، المهذّب لابن البرّاج: ۲/۱۹۶، شرائع الإسلام: ۲/۲۴۷،المختصر النافع: ۱۷۰، قواعد الأحکام: ۳/۱۰، اللمعه الدمشقیّه: ۱۱۳.

۲- لأنّه أعرف بما قصده بعد کونه کالوکیل. (المرعشی).

۳- [۳] الوسائل: الباب (۱۵) من أبواب عقد النکاح، ح۱.

۴- لم یثبت الإعراض. (اللنکرانی).

۵- فی إسناده إلیهم تأمّل؛ إذ هم بین عاملٍ به وبین غیر متعرّضٍ للفرع، ولکنّ الأقویالتحالف بعد فرض صدق النکاح علیه عرفاً، وفیه تأمّل. (المرعشی).

۶- الإعراض عن الصحیحه غیر ثابت، ومخالفتها للقواعد غیر مضرٍّ بحجّیّتها،ولا موجبَ لحملها علی بعض المحامل، فالمتعیَّن القول بالتفصیل، والاحتیاط لا ینبغی ترکه. (زین الدین). * غیر ثابت إعراض المشهور؛ ولذا فالاحتیاط لا یُترک. (محمّد الشیرازی). * الأصحاب لم یُعرِضوا عنها، نعم، جماعه منهم حملوها علی غیر ظاهرها، فإذاالعمل بما تضمّنه الصحیح متعیّن، ومع ذلک الاحتیاط برعایه ما علیه المشهور لاینبغی ترکه. (الروحانی).

إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها(۱) على بعض المحامل يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لايخلو من قوّه(۲) ، ومع ذلك الأحوط(۳) مراعاه الاحتياط(۴) ، وكيف كان لا يتعدّى عن موردها.

نكاح الحمل وإنكاحه

(مسأله ۲۰) : لا يصحّ نكاح الحمل(۵) وإنكاحه وإن علم ذكوريّته أو اُنوثيّته؛ وذلك لانصراف(۶) الأدلّه(۷) . كما لا يصحّ

۱- كتوكيل الزوج أبا البنات في تزويج أيّتهنّ شاء له، وذلك في صوره رؤيته لهنّ.(الفاني).

۲- فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوئي). * في القوّه منع، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمّي). * الصناعه تقتضي العمل بما يُستفاد من الروايه بعد كونها معتبرهً سنداً وواضحهًدلالهً، وإعراض المشهور عنها لا يوجب سقوطها عن الاعتبار، نعم، الاحتياط حَسَن، وهو طريق النجاه. (تقي القمّي).

۳- لا يُترك. (الخميني، اللنكراني).

۴- لا يُترك. (السبزواري).

۵- [۵] أي الجنين الّذي في بطن اُمّه...

۶- أو لغير الانصراف من بعض الوجوه. (اللنكراني).

۷- الظاهر أنّه لا يوجد إطلاق يعمّ نكاح الحمل حتّى يُدّعى انصرافه. (الخوئي). * لا يبعد عدم اعتبار النكاح للحمل عند العرف، فلا يكون نكاحه نكاحاً حتّى يحتاج إلى التمسّك بانصراف الأدلّه. (محمّد رضا الگلپايگاني). * بل لقصور أدلّه الولايه عن شموله. (زين الدين). * ولأنّه قبل ولوج الروح ليس إنساناً، وبعده وإن كان إنساناً إلّا أنّه لم يثبت الولايهعلى الحمل بالنسبه إلى ذلك، فيكون المتصرّف قاصراً. (الروحاني).

البيع(۱) أو الشراء منه ولو بتولّی الولیّ(۲) ، وإن قلنا بصحّه(۳) الوصیّه له عهدیّه(۴) ، بل أو تملیکیّه(۵) أیضاً.

اشتراط علم کلّ من الزوجین بأوصاف الآخر

(مسأله ۲۱) : لا یشترط(۶) فی النکاح علم کلٍّ من الزوج والزوجه

بأوصاف الآخر ممّا تختلف به الرغبات، وتکون موجبهً لزیاده المهر أو قلّته، فلا یضرّ بعد تعیین شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجری قاعده الغَرر هنا.

*

*

*

ص:۴۴۷

۱- إلّا فی بعض الموارد. (اللنکرانی).

۲- فیه منع. (السبزواری). * فیه تأمّل. (زین الدین).

۳- القول بالصحّه علی حسب القاعده مشکل. (تقی القمّی).

۴- مع انضمام البالغ إلیه. (المرعشی). * أی منضمّاً إلی البالغ. (الروحانی).

۵- مع قبول الولیّ أو قبوله بعد الولاده والبلوغ إن قیل بتوقّف التملیکیّه علیه.(المرعشی).

۶- الحکم بالصحّه فی صوره کثره الجهاله لا یخلو من إشکال. (المرعشی).

فصل [فی مسائل متفرّقه]

اشتراط الخیار فی نفس العقد وفی المهر

الاُولی : لا یجوز(۱) فی النکاح دواماً أو متعهً اشتراط الخیار فی نفس العقد، فلو شرطه بطل، وفی بطلان العقد به قولان: المشهور(۲) علی أنّه(۳) باطل(۴) ، وعن ابن إدریس: أنّه لا یبطل ببطلان الشرط المذکور، ولا یخلو

ص:۴۴۸

۱- لا یخلو من إشکال، فلا یُترک الاحتیاط بترکه. (المرعشی).

۲- وهو المنصور. (صدرالدین الصدر).

۳- وهو الصحیح. (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- وهو الصحیح. (النائینی). * وهو الأقوی. (الإصطهباناتی). * وهو الصحیح، والفرق بینه وبین سائر الشروط الفاسده هو: أنّ اشتراط الخیاریرجع إلی تحدید الزوجیّه بما قبل الفسخ لا محاله، وهو ینافی قصد الزواج الدائم أوالموجّل إلی أجلٍ معلوم، وهذا بخلاف سائر الشروط الفاسده؛ فإنّها بحسبالارتکاز العرفیّ لا ترجع فی خصوص النکاح إلی جعل الخیار علی تقدیر التخلّف،وإنّما ترجع إلی تعلیق الالتزام بترتیب الآثار علی وجود الشرط ففسادها لا یسریإلی العقد. (الخوئی). * لا یُترک الاحتیاط بتجدید العقد إذا أراد الإمساک، وإیقاع الطلاق إذا أراد الفراق.(زین الدین). * لا یخلو هذا القول من وجه، والاحتیاط لا یُترک. (حسن القمّی). * وهو الأظهر. (الروحانی).

قوله من قوّه(١) ؛ إذ لا فرق(٢) بينه وبين سائر الشروط الفاسده فيه، مع أنّ المشهور على عدم كونها مفسدةً للعقد.

ودعوى كون هذا الشرط منافياً(٣) لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط

ص:۴۴۹

١- لا ـ قوّه فيه. (الكوه كَمَرى). * يحتـاج إلى التأمّـل. (البـروجردى). * القوّه ممنوعه، والفرق بين شـرط الخيـار وغيره: أنّ شـرط الخيـار يرجع إلى تجديـدالزوجيّه، بخلاـف الـدوام المقصود فى الـدائم، وخلاـف مـا عيّن فى المنقطع، بخلاـف سـائر الشـروط. (عبـدالله الشـيرازى). * لولا ـ الإجمـاع على خلاـفه، كمـا ادّعـاه الشـيخ قـدّس سـرّه فى الخلاـف.(الخلاف: ٣/١۶) (محمّد رضـا الگلپايگانى).

٢- ويمكن إبـداء الفرق بينه وبينهـا بـأوّله إلى محـدوديّه الزوجيّه إلى حين الفسـخ، سواءكـانت دائميّةً أم مـوقّته، وهى تنـافى نيّه الدوام والتأجيل فى مقام الإنشاء. (المرعشى). * ودعوى أنّ الفرق هو رجوع اشتراط الخيار إلى تحديد الزوجيّه بما قبل الفسخ لا محاله ــ وهو ينافى قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجلٍ معلوم، بخلاف سائرالشروط الفاسده ــ مدفوعه، بمنع رجوع اشتراط الخيار إلى ذلك؛ فإنّ حقيقه الفسـختغاير مع الغايه والحدّ، بل هى رفع الأمر الثابت المستمرّ، كيف، وإلّا يلزم بطلان البيعومثله من سائر العقود إذا اشترط الخيار فيها؛ لرجوعه إلى التحديـد المنافى لحقيقهالبيع ونحوه؟ فإنّ الدوام وإن لم يكن ملحوظاً فيها إلّا أنّ التحديد خصوصاً بالأمرالمجهول من حيث الوقت ينافيها قطعاً. (اللنكرانى).

٣- هذه الدعوى ذكرها صاحب الجواهر؛(جواهر الكلام: ٣٠/١١٢ ــ ١١٣) ويمكن توجيهها بأنّ شرط الخيار مرجعه إلى تحديد الزوجيّه بما قبل الفسـخ، وهذا ينافى قصد الدوام أو المؤجّل إلىأجلٍ معلوم، وأمّا سائر الشـروط فهى إنّما يكون مرجعها إلى تعليق الالتزام بترتيبالآثار على وجودها، لا جعل الخيار على تقدير التخلّف، فتدبّر. (الروحانى).

الفاسـده ــ الّتی لا یقولون بکونها مفسـدهً ــ کما تری. وأمّا اشتراط الخیار فی المهر(۱) فلا مانع منه(۲) ، ولکن لابدّ من تعیین مدّته(۳) . وإذا فسخ قبل انقضاء المدّه یکون کالعقد بلا ذکر المهر فیرجع(۴) إلی مهر المثل.

هـذا فی العقـد الـدائم الّـذی لا یلزم فیه ذکر المهر، وأمّا فی المتعه ــ حیث إنّها لا تصحّ بلا مهر ــ فاشتراط الخیار فی المهر فیها مشکل(۵) .

ص:۴۵۰

۱- فی عدم المنع إشکال، وعلی فرض القول بالجواز لا وجه لاشتراط تعیین المدّه.(تقی القمّی).

۲- کما هو المشهور، ولکن لا یخلو من کلام. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- فیه إشکال، بل منع. (الخوئی).

۴- فی شمول دلیل الرجوع إلی مهر المثل للمقام إشکال. (تقی القمّی).

۵- فلا یُترک الاحتیاط. (الفیروزآبادی). * وحکم مفسدیّتها، کما تقدّم منه. (آقاضـیاء). * إلّا إذا عیّن المهر وجعل له الخیار فی فسخ ذلک فلا یبعد الصـحّه. (صدرالدینالصدر). * اشتراط الخیار فی المهر له صورتان: فتارهً یشترط أنّ له الخیار أن یعیّن مهراً، أولا یعیّن، وهـذا یصـحّ فی الـدوام، فإن عیّن لزم، وإلّا فمهر المثل، وفی المتعه یبطل؛لاتّفاقهم علی أنّ المهر رکن فیه یبطل بدون ذکره، ولکن لو قیـل بـأنّه یُراعی فـإن عیّنصـحّ وإلّا بطـل لم یکن بعیـداً. واُخری أن یعیّن المهر ثوباً مثلاً ویشترط أنّ له الخیارأن یبـدله بدراهم إلی سـنه، وهذا لا مانع منه متعهً ودواماً. (کاشف الغطاء). * لأوّله إلی اشتراط الخیار فی العقد. (المرعشـی). * إن رجع الخیار فیه إلی الخیار فی أصل العقد، وإلّا فلا إشـکال فیه، ومن ذلک یُعلم حکم جعل الخیار فی المدّه أیضاً. (السبزواری). * لا یُترک الاحتیاط السابق؛ لأنّه من الخیار فی نفس العقد. نعم، لو عیّن مهراً فی المتعه وشرط أنّ له الخیار فی أن یبدّله فی مدّهٍ فالظاهر الصـحّه. (زین الدین). * إن کان الخیار فی أصل المهر، وإن کان الخیار فی المهر کمّاً أو کیفاً فینبغی عدم الإشکال فیه، والاحتیاط سبیل النجاه. (محمّد الشیرازی).

تصادق الرجل والمرأه على الزوجيّه ونكرانها من أحدهما

الثانيه : إذا ادّعى رجل زوجيّه امرأهٍ فصدّقته، أو ادّعت امرأةٌ زوجيّةَ رجلٍ فصدّقها حكم لهما(۱) بذلك فى ظاهر الشرع، ويرتّب جميع آثار الزوجيّه بينهما؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما، ولقاعده الإقرار(۲) . وإذا مات أحدهما ورثه الآخر(۳) . ولا فرق فى ذلك بين كونهما بلديّين معروفَين أو غريبَين.

وأمّا إذا ادّعى أحدهما الزوجيّه وأنكر الآخر فتجرى عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدّعى بيّنه، وإلّا فيحلف(۴) المنكِر،

ص:۴۵۱

۱- مع الاحتمال. (الخمينى).

۲- وفى كفايه قاعده الإقرار فى أمثال المقام نظر؛ إذ ليس شأنها إلّا ترتيب ما كانضرراً على المقرّ، لا مطلقاً. (آقاضياء).

۳- فى كفايه هذه القاعده لترتيب جميع أحكام الزوجيّه منها وراثه المقرّ من المدّعينظر. (عبدالله الشيرازى).

۴- إن كان مُنكِراً بَتّاً، وإن كان يُظهِر الشكّ فالظاهر عـدم السـماع إلّا بالبيّنه؛لعدم جواز الحلف مع الشكّ، ولا الردّ، من غير فرق بين كون المـدّعى عليهالزوج أو الزوجه، ولعلّ هذه الصوره هى المراد من عباره القواعد؛ حيث قال :«لو ادّعى رجل زوجيّه امرأهٍ لم تسمع إلّا بالبيّنه، سواء كانت معقوداً عليها أملا»(قواعد الأحكام ۳/۱۱). (محمّد رضا الگلپايگانى).

أو يردّ اليمين فيحلف المدّعى ويحكم له بالزوجيّه، وعلى المنكر ترتيب آثاره(۱) فى الظاهر(۲) . لكن يجب على كلٍّ

ص:۴۵۲

۱- بـل يجب عليه ترتيب آثـار الواقع مهما تيسّـر. (الفانى). * بقـدر اضـطراره من المحرّمات والواجبات فى نظره وما لا منـدوحه عنه، حيثكـان إنكـاره عن بتٍّ وجزم. (المرعشـى). * يعنى آثارهـا المحلّله، مثل الإنفاق على الزوجه، وترك الخروج بـدون إذن الزوج،وأمّـا المحرّمه مثـل الوطء فيجب على المحكوم عليه العـالِم بالخلاف طلاق المرأهفى الظاهر؛ لئلّا يُجبَر على وطء المحرّم باعتقاده، ويجب على المحكوم عليهاإرضاء الزوج بالطلاق، أو ترك الوطء ولو ببذل المال، وعلى فرض عدم التمكّن منالتخلّص لكلٍّ منهما فليقتصر على المقـدار المضـطرّ إليه. (محمّـد رضا الگلپايگانى). * يعنى الآثار المحلّله، كالإنفاق، وعـدم الخروج إلّا بإذن الزوج. (زين الـدين). * بالمقـدار المضـطرّ إليه مع العلم ببطلان الـدعوى، كما هو المفروض؛ فإنّه لو كانالمنكِر هى الزوجه فالواجب عليها أوّلاً التخلّص منه بإرضائه بالطلاق، أو ترك الوطء من أىّ طريقٍ أمكن ولو ببذل المال، ومع عدم الإمكان يقتصر على مقـدارٍ لايمكن التخلّص منه. ولو كان المنكر هو الزوج فاللازم عليه أوّلاً الطلاق، ولو بأنيقول: «إن كانت هـذه زوجتى فهى طالق»، أو تجديد النكاح لو أمكن. (اللنكرانى).

۲- بالمقـدار الّذى يُجبَر عليه، ولا مندوحه له عنه من الآثار المحرّمه إن كان إنكاره ، وفيه: «لو ادّعى رجل زوجيّه امرأهٍ لم يُلتَفَتْ إليه، سواء عقـد عليهـا غيرهـاأوْ لا».عن علمٍ منه بالعـدم. نعم، إن كان مبنيّاً على الأصل فالظاهر أنّ الحكم حجّه عليه فيالظاهر، فله وعليـه ترتيب آثارهـا مطلقـاً. (البـروجردى). * إن لم تكن من الآثـار المحرّمه باعتقـاده، وإلّـا فبالمقـدار الّـذى هـو مجبـور عليه، ولاـيمكنه المخـالفه. (البجنوردى). * بمقـدارٍ لاـ يمكن التخلّص عنه لو كان عالماً بخلاف مـدّعى الزوجيّه، وإن كان المنكر هو الزوج يجب عليه الطلاق فى الظاهر، أو تجديد النكاح مع الإمكان.(الخمينى).

منهما(١) العمل على الواقع بينه وبين الله(٢) .

وإذا حلف المنكِر حُكِم بعـدم الزوجيّه بينهما، لكنّ المدّعى مأخوذ بإقراره المستـفاد من دعواه، فليس له ــ إن كان هو الرجل ــ تزويـج الخـامسه، ولا اُمّ المنكره، ولا بنتها مع الـدخول بها، ولا بنت أخيها أو اُختها إلّا برضاها، ويجب(٣) عليه إيصال المهر(۴) إليها(۵) ، نعم، لا يجب عليه نفقتها؛

لنشوزها بالإنكار(۶) .

ص:۴۵۳

١- الظاهر أنّه ليس له ذلك، ولا على واحدٍ منهما. (حسن القمّى).

٢- فلا يطأ إذا لم تكن زوجته واقعاً، ولا تُمكِّنه هى من الوطء، وهكذا، ولا تمتنع عنه إذا كانت زوجته واقعاً. (زين الدين).

٣- الوجوب يختصّ بصوره العلم بكونها زوجةً له، وأمّا إقراره باستحقاق الزوجهالمهر فهو معارض بإقرار المرأه بعدم استحقاقها، فلا أثر لإقرار الزوج. (تقى القمّى).

۴- كما أنّ عليه الإيصال إليها بأىّ طريق، وعليها عدم الأخذ. (المرعشى).

۵- ولا يجوز لها أخذه، فلو كان الزوج عالماً بالواقعه يجب عليه إيصال المهر بنحوٍإليها. (الخمينى).

۶- على إشكالٍ فى كون هذا النُشُوز موجباً لسقوط النفقه. (السبزوارى). * إذا عملت وفق إنكارها وكانت غير معذورهٍ فيه. (زين الـدين). * مجرّد الإنكـار ليس نُشُوزاً؛ فـإنّه تمرّد على الزوج، والامتنـاع من أداء حقوقه الواجبه، فإن لم تمتنع منها فليست ناشـزه، فإن امتنعت بغير عذرٍ شرعىٍّ فهى ناشزه،وإن امتنعت لعذرٍ شرعىٍّ ففيه نظر. (حسن القمّى).

وإن كانت هی المدّعیه لا یجوز لها التزویج بغیره إلّا إذا طلّقها(۱) ، ولو بأن یقول: هی طالق إن کانت زوجتی.

ولا یجوز(۲) لها(۳) السفر من دون(۴) إذنه(۵) ، وکذا کلّ ما یتوقّف(۶) علی إذنه.

الإقرار بعد الإنکار ورجوع المدّعی عن دعواه

ولو رجع المنکِر إلی الإقرار هل یُسمَع منه ویُحکَم بالزوجیّه بینهما؟ فیه قولان: والأقوی السماع(۷) إذا أظهر عذراً

ص:۴۵۴

۱- وأمّا إذا امتنع عن الطلاق فللحاکم الشرعیّ أن یطلِّقها. (الخوئی).

۲- فیه إشکال، وکذا فی غیر السفر ممّا یتوقّف علی إذنه. (اللنکرانی).

۳- عندی فی المسأله إشکال. (الفیروزآبادی).

۴- فی هذا الحکم وفیها بعده إشکال. (حسن القمّی).

۵- فیه وفی ما بعده إشکال. (الخوئی). * لا یبعد انصراف الأدلّه عن منکِر الزوجیّه، بل لا یبعد أنّ إنکاره لزوجیّتها إسقاطلحقّه، من وجوب استئذانه فی السفر ونحوه. (زین الدین). * علی الأحوط فیه وفی ما بعده. (محمّد الشیرازی).

۶- فی حرمه ما یتوقّف علی إذنه بدونه إشکال؛ لانصراف الأدلّه عن مُنکِر الزوجیّهعمداً، بل یمکن أن یکون إنکاره بمنزله إسقاط حقّه أو إذنه. نعم، لو اشتبه علیهاالأمر فعلی المرأه المراعاه لحقّه الواقعی. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۷- فی سماع إقراره علی نفسه بلوازم إنکاره نظر جدّاً. (آقاضیاء). * فی غیر الحقوق الّتی تکون علیه محلّ إشکال، وفیها اعتبار إظهار العذر، وعدمکونه متَّهَماً محلّ نظر، وکذلک فی رجوع المدّعی عن دعواه. (حسن القمّی). * الّذی یختلج بالبال فی هذه العجاله أن یفصل بین الموارد بأن یقال: یسمع قوله بالنسبه إلی ما یکون علیه، وأمّا بالنسبه إلی ما یکون له فهو مجرّد ادّعاءٍ بعدالإنکار، ویحتاج إلی الإثبات، بلا فرقٍ فی ما ذکر بین إظهار العذر وعدمه، وبلا فرقٍبین کون الرجوع قبل إقامه البیّنه أو بعدها. (تقی القمّی). * هذا بالإضافه إلی الحقوق الّتی تکون علی المدّعی، وأمّا بالنسبه إلی الحقوق الّتیادّعی علیه فالظاهر أنّه لا یعتبر فی السماع شیء من القیدَین، وکذا الحال فیما إذارجع المدّعی عن دعواه وکذَّب نفسه، من غیر فرقٍ بین الرجوع قبل إقامه البیّنه أوبعدها. (الروحانی). * بل ومع عدم الشرطَین، خصوصاً إذا کان قبل الحلف، ولا فرق فی ذلک بین الحقوق الّتی ادّعی علیه، وبین الحقوق الّتی ادّعاها علی المدّعی برجوعه عن الإنکار بعد إقراره علی نفسه، وعدم تجاوز الحقّ عنهما. (اللنکرانی).

لإنكاره(۱) ، ولم یکن متّهماً(۲) ، وإن کان ذلک بعد الحلف(۳) . وکذا المدّعی إذا

ص:۴۵۵

۱- هذا بالإضافه إلی الحقوق الّتی ادُّعِیَت علیه، والظاهر أنّه لا یعتبر فی سماعه حینئذٍ أن یُظهِر عذراً لإنکاره؛ وأن لا یکون متَّهَماً، وأمّا بالإضافه إلی حقوقه علی المدّعی ففی سماعه إشکال، وکذلک الحال فیما إذا رجع المدّعی عن دعواه وکذّب نفسه، بلا فرقٍ بین الرجوع قبل إقامه البیّنه والرجوع بعدها. (الخوئی).

۲- بل مطلقاً یُسمَع إقراره، حتّی مع عدم إظهار عذر، أو مع کونه متَّهَماً. (محمّد الشیرازی).

۳- لو حلف منکِر النکاح علی نفیه ثمّ کذّب نفسه فیشکل سماعه؛ لقوّه احتمال أنیکون حلفه فاسخاً تعبّدیّاً للزوجیّه، ولو حلف المدّعی یمین الردّ ثمّ رجع عندعواه، أو کذّب نفسه فالظاهر بطلان یمینه وسقوط دعواه. (النائینی). * لو حلف منکِر النکاح علی نفیه ثمّ کذّب نفسه یشکل سماعه؛ لقوّه احتمال أنیکون حلفه فاسخاً تعبّدیّاً للزوجیّه، ولو حلف المدّعی یمین الردّ ثمّ رجع عندعواه، وکذّب نفسه فالظاهر بطلان یمینه وسقوط دعواه. (جمال الدین الگلپایگانی). * بعد الحلف یشکل سماعه؛ لأنّه یحتمل قویّاً کون حلفه فاسخاً تعبّدیّاً للزوجیّه.(الإصطهباناتی). * فی السماع بعد الحلف مطلقاً وفی حقوقه علی المدّعی علیه ولو قبل الحلفإشکال، وکذا الحال بالنسبه إلی المدّعی إذا رجع عن دعواه، ویحتمل عدم الفرقبین قیام البیّنه وعدمه. (عبدالله الشیرازی). * إذ کونه فسخاً تعبّدیّاً للزوجیّه غیر معلوم. (المرعشی). * بناءً علی عدم کون الحلف فسخاً، کما احتمله بعض. (محمّد رضا الگلپایگانی).

رجع عن دعواه وكـذّب نفسه، نعم، يشـكل(۱) السماع(۲) منه إذا كـان ذلک بعـد إقامه البيّنه(۳) منه(۴) على دعواه، إلّا إذا كذّبت البيّنه

ص:۴۵۶

۱- الظاهر عـدم الإشـكال فى سـقوط النزاع ، وانتفاء موضوع الحكم برجوع المـدّعيعن الـدعوى ، سواء كان قبل الحكم أم بعده كذّبت البيّنه نفسها، أوْ لا. (محمّد رضاالگلپايگانى). * الظاهر أنّه لا إشكال فى هذه الصوره أيضاً. (اللنكرانى).

۲- لولا ـ معارضـته بـإقراره السـابق كـان إقراره مقـدّماً على الـبيّنه ؛ لعموم أصـدقيّهالإنسان على نفسه على مـا هو مضـمون النصّ. (آقاضياء).

۳- لو كذّب المشـهود له بيّنته فلا إشـكال فى سـقوطها، بلا حاجهٍ إلى أن تكذِّب هيأيضاً نفسها، من دون فرقٍ بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده، ويسقط الحكم أيضاً بذلک. (جمال الدين الگلپايگانى).

۴- لو كذّب المشـهود له بيّنته فلا إشـكال فى سـقوطها، فلا حاجه إلى أن تكذّب هيأيضاً نفسها، من دون فرقٍ بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده ، ويسقط أيضاًبذلک الحكم. (النائينى).

أیضاً نفسها(۱) .

من تزوّج امرأه ادّعی غیره سبق زوجیّتها

الثالثه : إذا تزوّج امرأةً تدّعی خلوّها من الزوج، فادّعی زوجیّتها رجلٌ آخر لم تُسمَع دعواه(۲) إلّا(۳) بالبیّنه(۴) ، نعم،

ص:۴۵۷

۱- بل وإن لم تکذّب البیّنه نفسها، وکذّب المدّعی نفسه ورجع عن دعواه یسمع إقراره، وتبطل دعواه بالنسبه إلی ما علیه. (البجنوردی).

۲- یعنی لم تُسمع بحیث کانت حجّةً علی الزوج والزوجه، فلا ینافی قوله بعد ذلک :«نعم، ... إلی آخره»، لکنّ ظاهر النصّ وفتوی الأکثر علی ما قیل عدم السماع مطلقاًإلّا بالبیّنه، فلا محلّ لتوجّه الیمین علی أحدهما. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بحیث کانت موجبةً للحکم ببطلان الزوجیّه الفعلیّه وعدم صحّتها. (اللنکرانی).

۳- ما ذکره أوّلاً من أنّ هذه الدعوی لا تُسمع إلّا بالبیّنه هو الصحیح، ومع عدمها فلاموقع لتوجیه الیمین، لا إلی الزوج ولا الزوجه، ویسقط جمیع ما فرّعه علی ذلک.(جمال الدین الگلپایگانی).

۴- ما ذکره أوّلاً من أنّ هذه الدعوی لا تُسمع إلّا بالبیّنه هو الصحیح، ومع عدمها فلا موقع لتوجیه الیمین، لا إلی الزوج ولا الزوجه، ویسقط جمیع ما فرّعه علی ذلک. (النائینی). * والظاهر أنّه حینئذٍ لیس له إحلاف الزوج ولا الزوجه، أمّا الزوج فیکفی له عدمعلمه بالحال، وأمّا الزوجه فلأنّ اعترافها بالزوجیّه لا أثر له حتّی یکون لحلفها أثر،وبذلک یظهر الحال فی بقیه المسأله. (الخوئی)(وفی نسخةٍ اُخری وردت حاشیه له قدّس سرّه هکذا: «والظاهر أنّه حینئذٍ لیس له إحلاف الزوج ولاالزوجه، نعم، إذا کان المدّعی ثقةً فالأحوط للزوج أن یطلّقها».). * إذا أقام البیّنه تُسمَع دعواه، وإلّا فإن کان ثقةً فالأحوط أن یطلّقها الزوج، وإن لمیکن ثقةً لا تُسمع دعواه، ولیس له حینئذٍ إحلاف الزوج ولا الزوجه، وبذلک یظهرالحال فی بقیّه المسأله. (الروحانی).

له(۱) مع عدمها(۲) علی کلٍّ منهما(۳) الیمین(۴) ، فإن وجّه الدعوی علی الامرأه فأنکرت وحلفت سقطت دعواه علیها.

وإن نکلت أو ردّت الیمین علیه فحلف لا ـ یکون حلفه حجّهً علی الزوج(۵) ، وتبقی علی زوجیّه الزوج مع عدمها، سواء کان عالماً بکذب

۱- مقتضی مکاتبه ابن سعید(الوسائل: الباب (۲۳) من أبواب عقد النکاح، ح۳.) بقاء الزوجیّه بحالها، إلّا أن تقوم البیّنه علی الدعوی،فلا مجال للترافع إلّا مع وجود البیّنه، وممّا ذُکر یظهر أنّ الفروع المذکوره فی المتنلا موضوع لها. (تقی القمّی).

۲- أی عدم البیّنه. (اللنکرانی).

۳- علی فرض صدق المنکِر البتّی(أی القطعیّ.) علیهما. (المرعشی). * الظاهر أنّه لیس له ذلک، ولا علی واحدٍ منهما. (محمّد الشیرازی).

۴- إن کان الزوج أیضاً منکراً لدعواه علی البتّ(أی علی القطع.). (البروجردی). * وإنّما تکون له الیمین علی الزوج إذا کان منکِراً لدعواه علی سبیل القطع، أمّاإذا قال: «لا أعلم» وإنّما تزوّجتها اعتماداً علی أخبارها بأنّها خلیه فالظاهر عدمالیمین علیه. (زین الدین).

۵- ولا ـ میزاناً للفصل بینه وبین المدّعی حتّی یحکم الحاکم له علی الزوج بسببه،وهذا فیما إذا کان الزوج منکِراً لدعواه علی البتّ، وأمّا إذا قال: «أنا لا ـ أعلم،وإنّما تزوّجتها بإخبارها» فالظاهر أنّ الحاکم یُلزِمه الحکم بیمین المدّعی إذا ردّها(کذا فی الأصل، والظاهر زیاده الضمیر (ها).) الزوجه علیه، ویکون حکمه حجّهً علی الزوج أیضاً، ولا یبقیبعده نزاع بینهما. (البروجردی). * فی صوره الإنکار البتّیّ. (المرعشی).

المـدّعی، أم لا، وإن أخبر ثقه(۱) واحد(۲) بصـدق المدّعی، وإن کان الأحوط(۳) حینئـذٍ طلاقها، فیبقی النزاع(۴) بینه وبین الزوج، فإن حلف سقطت(۵) دعواه

ص:۴۵۹

۱- قد تقدّم مراراً فی هذه التعلیقه عدم ثبوت حجّیّه خبره فی غیر صوره الاطمئنان.(المرعشی).

۲- إن کان الثقه هو المدّعی للزوجیّه فالأحوط إن لم یکن أقوی قبول قوله،فالأحوط للزوج طلاقها، ولا یُترک. (حسن القمّی).

۳- ینبغی رعایته لروایه سـماعه(الوسائل: الباب (۲۳) من أبواب عقـد النکاح، ح۲.). (المرعشـی). * الظاهر أنّ منشأ الاحتیاط فی هـذه الصوره وجود روایهٍ دالّهٍ علی تصدیق الثقه،لکنّ المفروض فیها ما إذا کان المدّعی ثقهً، لا ما إذا أخبر ثقه بصدق المدّعی. (اللنکرانی).

۴- تفریع علی قوله: «وتبقی علی زوجیّه الزوج» قوله: «بینه وبین الزوج»، أی بین المدّعی. (الفیروزآبادی).

۵- الظـاهر أنّ حلف الزوج إنّما هو علی عـدم العلم، لا علی نفی الواقع، کما فی حلف الزوجه، وإن کان ظاهر النصّ، والأکثر ـ علی ما قیل ـ عدم ثبوت هذا الحقّللمدّعی هنا مطلقاً. (اللنکرانی).

بالنسبه إليه أيضاً.

وإن نكل(۱) أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيّه إذا كان ذلک بعد أن حلف فی الدعوی علی الزوجه(۲) بعد الردّ عليه، وإن كان قبل تماميّه الدعوی مع الزوجه(۳) فيبقی النزاع بينه وبينها،كما إذا وجّه الدعوی أوّلاً عليه.

والحاصل: أنّ هنا دعوی علی كلٍّ من الزوج والزوجه، فمع عدم البيّنه إن حلفا سقطت دعواه عليهما، وإن نكلا(۴) أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعاه.

وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكلٍّ حكمه، فإذا حلف الزوج فی الدعوی عليه فسقطت بالنسبه إليه، والزوجه لم تحلف بل ردّت اليمين علی المدّعی، أو نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج إلّا أنّه لو طلّقها أو مات عنها رُدَّت إليه، سواء قلنا: إنّ اليمين المردوده بمنزله الإقرار(۵) ، أم بمنزله البيّنه(۶) ، أم قسم ثالث(۷) .

۱- الظاهر عدم ثبوت الحقّ بمجرّد النكول، بل يردّ الحاكم الحلف علی المدّعی، فإنحلف يثبت الحقّ، والمسأله سيّاله. (الخمينی). * مع ردّ القاضی اليمين عليه. (المرعشی).

۲- [۲] كذا فی المخطوطه، وفی نسخهً اُخری: (الزوجيّه).

۳- [۳] كذا فی المخطوطه، وفی نسخهً اُخری: (الزوجيّه).

۴- مرّ الكلام فيه. (الخمينی).

۵- كی يثبت الحقّ علی المنكِر وحده. (المرعشی).

۶- كی يثبت الحقّ بجميع آثاره. (المرعشی).

۷- كی يتبعّض فی لوازم الحقّ الثابت به. (المرعشی).

نعم، فی استحقاقها النفقه والمهر المسمّی علی الزوج إشکال(۱) ،

خصوصاً(۲) إن قلنا: إنّه بمنزله الإقرار أو البیّنه.

هـذا کلّه إذا کـانت منکرهً لـدعوی المـدّعی. وأمّا إذا صـدّقته وأقرّت بزوجیّته فلا تُسـمَع بالنسبه إلی حقّ الزوج، ولکنّها مأخوذه بإقرارها، فلا تستحقّ(۳) النفقه علی الزوج، ولا المهر المسمّی، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها؛ لأنّها بَغِیّه بمقتضی إقرارها، إلّا أن تُظهِر عذراً فی ذلک، وتردّ علی المدّعی بعد موت الزوج، أو طلاقه، إلی غیر ذلک.

تزوّج من ادّعی زوجیّتها رجل مع إنکارها

الرابعه : إذا ادّعی رجل زوجیّه امرأهٍ وأنکرت، فهل یجوز لها أن تتزوّج من غیره قبل تمامیّه الدعوی مع الأوّل، وکذا یجوز لذلک الغیر تزویجها، أو لا إلّا بعد فراغها من المدّعی؟ وجهان: من أنّها قبل ثبوت دعوی المدّعی خلیّه ومسلّطه علی نفسها، ومن تعلّق(۴) حقّ المدّعی(۵) بها(۶) ، وکونها فی معرض

۱- وجوبهما علیه لا یخلو من وجه، فلا یُترک الاحتیاط بإیصالهما إلیها بأیّ طریق،أو الاسترضاء والاستبراء. (المرعشی).
۲- ولکن یجب علی الزوج بمقتضی إقراره دَسّه فی مالها. (آقاضیاء).
۳- لکن یجب علی الزوج دفعهما؛ لأنّها بحکم الشرع زوجته. (تقی القمّی).
۴- غیر خفیٍّ أنّ صرف المعرضیّه قبل الحکم والإثبات غیر مانعٍ عن إعمال سلطنهنفسها، ولا هو موجب للتفویت المحرّم. (المرعشی).
۵- لا دلیل شرعاً علی مانعیّه حقّ الدعوی عن إنشاء الزوجیّه. (الفانی). * مجرّد دعوی المدّعی لا یثبت له حقّاً حتّی یحرم تفویته. (زین الدین).
۶- الظاهر أنّ حقّ المدّعی لیس إلّا أنّ له أن یدّعی، لکن قبل الإثبات وحکم الحاکم لا یمنع المدّعی علیه من التصرّفات، ولا یثبت بمجرّد الدعوی حقّ حتّی یحکمبحرمه تفویته. (محمّد رضا الگلپایگانی).

ثبوت زوجيّتها للمدّعى، مع أنّ ذلك تفويت حقّ المدّعى إذا ردّت الحلف عليه وحلف، فإنّه ليس حجّةً على غيرها وهو الزوج.

ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى _ فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذٍ _ وبين غير هذه الصوره. والأظهر الوجه(۱) الأوّل(۲) ، وحينئذٍ فإن أقام المدّعى بيّنةً وحُكِم له بها كشف عن فساد العقد(۳) عليها.

وإن لم يكن له بيّنه وحلفت(۴) بقيت على . . . . .

۱- بل الثاني؛ إذ مقتضى ما تقدّم من عدم توجّه الحلف على الزوجه هو كون التزويج من الغير تفويتاً لهذا الحقّ الثابت للمدّعى بنفس الدعوى، فلا يجوز. (جمال الدين الگلپايگانى).

۲- بل الثاني؛ إذ مقتضى ما تقدّم من عدم توجّه الحلف على الزوجه هو كون التزوّج من الغير تفويتاً لهذا الحقّ الثابت للمدّعى بنفس الدعوى، فلا يجوز. (النائينى). * لا يُترك الاحتياط. (الكوه كَمَرى). * ولكنّ الأقوى هو الثانى، إلّا إذا استوجب ضرراً عليها فتتزوّج، وإذا ثبتت دعوى مدّعِى الزوجيّه السابقه ظهر بطلان عقد الثانى. (كاشف الغطاء). * لعدم تعلّق الحقّ بمجرّد الدعوى قبل ثبوتها، وعدم كون التزويج موجباً للتفويت فيما إذا حلف بعد الردّ عليه؛ لعدم ثبوت الحقّ حاله. (اللنكرانى).

۳- إذ البيّنه طريق إلى الملزوم واللوازم. (المرعشى).

۴- الظاهر عدم سماع الدعوى، وكذلك الحكم فى نظائرها. (محمّد رضا الگلپايگانى). * قد تقدّم أنّ الطريق الوحيد للمدّعى إقامه البيّنه، ومع عدمها لا مجال للترافع، فلاتصل النوبه إلى الحلف أو ردّه. (تقى القمّى). * يمكن أن يقال بعدم ثبوت حقّ الحلف للمدّعى فى مثل هذه الموارد، وعدمسماع دعواه إلّا مع البيّنه، كما أشرنا إليه فى المسأله المتقدّمه. (اللنكرانى).

زوجيّتها(۱) . وإن ردّت اليمين على المدّعى وحلف ففيه وجهان: من كشف

كونها زوجةً للمـدّعى فيبطل العقـد عليها، ومن أنّ اليمين المردوده لا يكون مسـقطاً لحقّ الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه(۲) ، فيثمر فيما إذا طلّقها

ص:۴۶۳

۱- تقـدّم أنّ الحلف لا يتوجّه على الزوجه بعد التزويج، كما هو المفروض هنا؛ حيثلا موضوع لحلفها؛ فإنّ موضوعه إنّما هو فيما إذا كـان لاعترافهـا أثر، ولاـ أثر له فيالمقـام، وبـذلك يظهر حال اليمين المردوده(وفى نسـخهٍ اُخرى منه قـدّس سـرّه هكـذا: «فيه إشـكال، ولاـ يبعـد أن يكون الوجه الأـوّل أوجه؛ فـإنّ اليمينـالمردوده فى مفروض المسـأله تُثبِت الـدعوى السابقه على العقـد»). (الخوئى).

۲- بـل الأـوجه هو الأوّل؛ فإنّه إنّما يحلف اليمين المردوده لإثبات ما كان ادّعاه عليهاحينما كانت خليّةً من هـذا الزوج، ولم يكن لـدعواه توجّه إليه أصـلًا. (البروجردى). * لا يُترک الاحتياط فى هذه المسأله وسابقتها. (عبدالهادى الشـيرازى). * بل الأوجه هو الأـوّل؛ لأـنّ اليمين المردوده بمنزله الـبيّنه على الزوجيّه السـابقهعلى العقـد، فيكشـف عن بطلاـن العقـد، ووقوعه على زوجه الغير إثباتـاً. (البجنوردى). * بـل لاـ يبعـد كون الأـوجه هو الأـوّل؛ فـإنّه إنّمـا يحلف اليمين المردوده لإثبات ما كانادّعاه عليها حين ما كانت خليّةً من هـذا الزوج، ولم يكن لـدعواه توجّه إليه أصـلًا.(عبدالله الشـيرازى). * فيه إشـكال. (زين الدين، اللنكرانى). * فيه تأمّـل. (محمّـد الشـيرازى). * بمـا أنّ الـدعوى فى هـذه المسـأله سـابقه على العقـد فتفترق عن المسـأله السابقهوعن مورد النصّ، فيتوجّه اليمين على المرأه، ومع الردّ يتوجّه على المـدّعى، وبعـديمينه تثبت زوجيّته، ومعه يمكن الحكم بانتفاء زوجيّه الآخر؛ لأنّه من أحكامها، ولكن لا يُترک مقتضـى الاحتياط. (حسن القمّى). * لا يبعـد كون الوجه الأوّل أظهر؛ من جهه أنّ اليمين المردوده تُثبت الدعوى حينما كانت خليّةً من الزوج، ولم يكن لدعواه توجّه إليه أصلًا. (الروحانى).

الزوج أو مات عنها فإنّها حينئذٍ تردّ على المدّعی. والمسأله سيّاله تجری فی دعوی الأملاک وغيرها(۱) أيضاً، والله العالم.

من أنكرت دعوى زوجيّتها من رجل وادّعت زوجيّته من اُختها أو اُمّها أو بنتها

الخامسه : إذا ادّعی رجل زوجيّه امرأه، فأنكرت وادّعت زوجيّه امرأهٍ اُخری لا يصحّ شرعاً(۲) زوجيّتها لذلک الرجل مع الامرأه الاُولی، كما إذا كانت اُخت الاُولی أو اُمّها أو بنتها، فهناک دعويان :

إحداها: من الرجل علی الامرأه.

والثانيه: من الامرأه الاُخری علی ذلک الرجل.

وحينئذٍ: فإمّا أن لا يكون هناک بيّنه لواحدٍ من المدّعيَين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو لكليهما.

فعلی الأوّل(۳) يتوجّه اليمين علی المنكِر فی كلتا الدعويَين،فإن حلفا سقطت الدعويان(۴) . وكذا إن نكلا(۵) وحلفت كلّ من

۱- ولا تُسمَع الدعوی فی شیءٍ ممّا يكون من هذا القبيل إلّا بالبيّنه. (النائينی،جمال الدين الگلپايگانی).

۲- الجمله صفه لقوله: امرأه اُخری. (الفيروزآبادی).

۳- لتقديم قولها بيمينها علی فرض الدخول، ولتقديم يمينه علی فرض عدمه وجه،فلا يُترک الاحتياط. (المرعشی).

۴- بمقتضی الحِلفَين. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۵- لكنّ سقوط الدعويَين فی الأوّل يكون للعمل بكلا الحِلفَين، وفی الثانی لسقوطهما عن الاعتبار بالتعارض. (البروجردی). * ولكنّ سقوط الدعويَين فی صوره النكول للتعارض والتساقط. (الشريعتمداری). * أی سقطت الدعويان، لكن لتعارض الحِلفَين. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لكنّ السقوط فی هذه الصوره إنّما هو لأجل عدم إمكان الثبوت؛ للتعارض الموجب للتساقط. (اللنكرانی).

المدّعيَين(۱) اليمين المردوده(۲) . وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدّعيه اليمين المردوده سقطت دعوى الأوّل وثبت مدّعى(۳) الثانی.

وعلی الثانی ـ وهو ما إذا کان لأحدهما بیّنه(۴) ـ ثبت مدّعی مَن له البیّنه، وهل تسقط دعوی الآخر، أو تجری علیه قواعد الدعوی من حلف المنکِر أو ردّه؟

ص:۴۶۵

۱- لکنّ سقوط الدعویَین فی هذه الصوره بواسطه تعارضهما؛ إذ لا یمکن ثبوت کلیهما؛ لعدم جواز الجمع، کما هو المفروض، وثبوت أحدهما ترجیح بلا مرجّح،فلابدّ من سقوط کلیهما. (البجنوردی).

۲- بناءً علی الاکتفاء بلوازم الیمین علی إثبات مدّعاه فی وظیفه المنکِر فی مقامإسقاط دعوی الغیر عنه، وإلّا فیتساقطان، فتبقی الدعوی بلا میزان، فینتظر إلی زمان وجود البیّنه، ولا معنی حینئذٍ لسقوط الدعویَین، اللهمّ إلّا أن یحمل السقوط علی السکوت، وعدم الحکم بواحدٍ من الدعویَین إلی زمان التمکّن من المیزان للفصل،وهو بعید عن سَوق العباره، فراجع. (آقاضیاء). * سقوط الدعویَین فی الفرض الأوّل للعمل بحلف کلٍّ من المنکرین، وسقوطهما فی الفرض الثانی لتعارض الیمین المردوده من المدّعِیَین. (زین الدین).

۳- الإطلاق لا یخلو من إشکال. (المرعشی).

۴- ولو کان ذلک المنکِر منهما؛ بناءً علی قبول بیّنته، وکونها بدلاً عن یمینه.(المرعشی).

قد يُدّعى القطع بالثانى(١) ؛ لأنّ كلّ دعوى لابدّ فيها من البيّنه أو الحلف.

ولكن لا يبعد(٢) تقويه الوجه الأوّل(٣) ؛ لأنّ البيّنه حجّه شرعيّه(۴) ، وإذا ثبت بها زوجيّه إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيّه الاُخرى؛ لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلازم(۵) ثبوت زوجيّه إحداهما بالأماره الشرعيّه عدم زوجيّه الاُخرى(۶) .

١- وهو أقرب. (محمّد الشيرازى).

٢- الأقرب هو الوجه الأوّل. (الخمينى). * فيه إشكال. (السبزوارى). * محلّ نظر، بل منع. (اللنكرانى).

٣- هذا يتمّ بناءً على قبول بيّنه المنكِر بدلاً عن يمينه، وكان مستند البيّنه العلم، لاوقوع العقد، وكون الظاهر وقوعه صحيحاً، وإلّا ففيه نظر وإشكال. (حسن القمّى).

۴- حجّيه البيّنه فى لوازم مدلولها فى مقام العمل لا تستلزم كونها ميزاناً لفصل الخصومه الواقعه فى اللوازم، مع كون مَن له البيّنه مدّعىً عليه فى تلك الخصومه.(البروجردى). * حجّيّه البيّنه فى اللوازم فى غير مقام القضاء لا يوجب أن يكون كذلك فى مقام القضاء إذا كان هناك دَعويان أحدهما فى الملزوم، والآخر فى اللازم، والمدّعى فيأحدهما غير المّـدعى فى الآخر. (الشريعتمدارى). * إثبات تمام اللوازم بها حتّى فى صوره كونها مورد النزاع غير صافٍ عن شوب الإشكال. (المرعشى). * لا تكفى البيّنه لإثبات الدعوى الثانيه، فلابدّ فيها من فصلٍ جديد؛ فإنّ حجّيّهالبيّنه فى اللوازم فى مقام العمل لا تلازم حجّيّتها فى فصل الخصومات. (زين الدين).

۵- الإطلاق مبنىّ على المبنى المتقدّم. (المرعشى).

۶- مجرّد استلزام البيّنه عدم زوجيّه الاُخرى لا يقتضى فصل الخصومه فيها، بليحتاج إلى فصلٍ آخر جديدٍ ولو يمين المنكر فيها، اللهمّ [إلّا] (أضفناها لاقتضاء السياق.) أن يقال: إنّ سلطنهالمدّعى فى الاُخرى على دعواه إنّما هو فى ظرف إمكان إثباته واستنقاذ حقّه، وهوفى ظرف الفصل فى الاُولى غير ممكن، فتأمّل. (آقاضياء).

وعلى الثالث(۱) : فإمّا أن تكون البيّنتان مطلقتَين(۲) ، أو مورّختَين(۳) ، متقارنتَين، أو تاريخ إحداهما أسبق(۴) من الاُخرى(۵) .

فعلى الأوّلَين تتساقطان، ويكون كما لو لم يكن بيّنه أصلاً.

وعلى الثالث ترجّح الأسبق(۶) إذا كانت تشهد بالزوجيّه من ذلک التاريخ

ص:۴۶۷

۱- الّذى يختلج بالبال فى هذه العجاله أنّ التعارض: إمّا يتحقّق فيما لا مزيّه لإحدىالبيّنتين على الاُخرى، وإمّا إذا كان مستند إحداهما العلم الوجدانى، ومستند الاُخرىالظاهر أو الأصل، تقدّم ما يكون مستنداً إلى العلم، كما أنّ المستند إلى الظاهر يُقدَّم علىالمستند إلى الأصل. هذا فيما لا يمكن الجمع بين الأمرين. وأمّا فيما يمكن فيؤخذبكلا الدليلَين، كما لو أخبر أحدهما على الزوجيّه السابقه والآخر على اللاحقهفيؤخذ بكليهما، إلّا فيما لا يمكن، كما لو كانت زوجيّه البنت مقدَّمهً على زوجيّهالاُمّ، ويلحق بها ما لو كانت زوجيّه الاُمّ مقدّمهً بشرط تحقّق الدخول. (تقى القمّى).
۲- مع الدخول وبدونه فى هذه الصوره وفى ما تليها من الصور. (المرعشى).
۳- أو إحداهما مورّخه، والاُخرى مطلَقه بوقوع الأوّل. (المرعشى).
۴- بناءً على مرجّحيّه الأسبقيّه من الروايه الآتيه مطلقاً، وإلّا ففى إطلاقه تأمّل، كما لايخفى. (آقاضياء).
۵- أو تكون إحداهما مؤرَّخهً، والاُخرى مطلقه. (اللنكرانى).
۶- هذا إذا شهدت المتقدّمه بوقوع العقد السابق وبقائه إلى زمانٍ تَشهَد المتأخّره بوقوع العقد الثانى فيه، فإنّ مقتضى العمل بكلتا البيّنتين بطلان العقد الثانى، وأمّا إذاشهدت البيّنتان على زوجيّتهما الفعليّه فالظاهر تعارض البيّنتَين. (محمّد رضاالگلپايگانى). * إن كان مستند بيّنه اللاحق العلم ومستند بيّنه الأسبق الاستصحاب فتُقدَّم بيّنهاللاحق، كما أنّه إن كان مستندهما جميعاً هو العلم فالظاهر أنّهما يتعارضان، فلابدّمن ملاحظه المستند فى البيّنه، وكذا فى ما بعده. (حسن القمّى).

إلی زمان الثانیه(۱) ، وإن لم تشهد ببقائها إلی زمان الثانیه فکذلک إذا کانت

الامرأتان الاُمّ والبنت مع تقدّم تاریخ البنت، بخلاف الاُختین والاُمّ والبنت مع تقدّم تاریخ الاُمّ؛ لإمکان صحّه العقدَین بأن طلّق الاُولی وعقد علی الثانیه فی الاُختَین، وطلّق الاُمّ مع عدم الدخول بها، وحینئذٍ ففی ترجیح الثانیه أو التساقط وجهان(۲) .

۱- وتشهد الثانیه بنفس وقوع العقد الظاهر فی کونه صحیحاً، وأمّا إذا شهدت أیضاًبالزوجیّه الفعلیّه فالظاهر وقوع التعارض وإن کانت الاُولی أسبق، وهنا فروض اُخرمن جهه اختلاف مستند البیّنتَین یختلف فیها الحکم. (اللنکرانی).

۲- فیه تفصیل. (الخمینی). * تارهً یفرض شهاده البیّنتَین علی العقد، واُخری یفرض شهادتهما علی الزوجیّه،فعلی الأوّل لا تنافی بینهما إلّا فی الاُمّ والبنت، وکان تاریخ عقد البنت مقدَّماً علی تاریخ عقد الاُمّ، وفی مثله تتقدّم البیّنه الاُولی علی البیّنه الثانیه؛ لأنّها ترفع موضوعها، وأمّا فی غیر الاُمّ والبنت کما فی الاُختین أو فیهما إذا کان تاریخ عقدالاُمّ متقدِّماً علی عقد البنت فعندئذ لا تنافی بین البیّنتَین؛ لإمکان صحّه کلا العقدَین معاً؛ إذ من المحتمل أن یطلِّق الاُولی ویتزوّج بالاُخری؛ وعلیه فیوخذ علی طبقالبیّنه الثانیه، فیحکم بصحّه العقد علی المرأه الاُخری؛ لأصاله الصحّه. وعلی الثانیفإن کانت البیّنه الاُولی قائمهً علی زوجیّه المرأه الاُولی فعلاً فعندئذٍ تسقط من جههالمعارضه مع البیّنه الثانیه الّتی تدلّ علی زوجیّه المرأه الاُخری، فیکون المرجع فیالمسأله هو استصحاب بقاء زوجیّه الاُولی، إلّا فیما کانت المعارضه بینهما فی الاُمّوالبنت وکانت زوجیّه البنت متقدِّمهً علی زوجیّه الاُمّ؛ فإنّه حینئذٍ کما أنّ البیّنهالثانیه تعارض البیّنه الاُولی فی البقاء کذلک تعارضها فی الحدوث؛ وعلیه فبعدسقوطهما لا یمکن الرجوع إلی استصحاب بقاء زوجیّه الاُولی. وأمّا الروایه الواردهفی المسأله فهی ضعیفه لا یمکن الاعتماد علیها؛ وبذلک یظهر ما فی قول الماتن قبلأسطر: «ترجّح الأسبق إذا کانت تَشهَد...» إلی آخره. وإن کانت البیّنه الاُولی قائمهًعلی زوجیّه المرأه الاُولی فحسب من دون دلالتها علی أنّها زوجته فعلاً فعندئذٍحال هذا الفرض حال الفرض الأوّل. (الخوئی). * مع فرض إمکان الجمع لا وجه للتردید بین الترجیح والتساقط، بل یعمل بکلتاالبیّنتَین، ولو شهدت کلتاهما بالزوجیّه الفعلیّه فلا وجه إلّا التساقط. (محمّد رضاالگلپایگانی). * لا یبعد دعوی أقربیّه الأوّل. (الروحانی). * بعد ما کان المفروض عدم شهاده الأسبق بالبقاء إلی زمان الثانیه _ ولازم ذلک الشهاده بنفس وقوع العقد صحیحاً، وحدوث الزوجیّه قبلاً _ لا مجال للتردید فیترجیح الثانیه علیها؛ لإمکان صدقها واجتماعها مع الاُولی، من دون فرقٍ بین أنتشهد بالزوجیّه الفعلیّه أو بوقوع العقد الظاهر فی کونه صحیحاً. (اللنکرانی).

هذا، ولكن وردت روایه(۱) تـدلّ على تقدیم بیّنه الرجل، إلّا مع سـبق بیّنه الامرأه المدّعیه أو الدخول بها فی الاُختَین. وقد عمل بها المشهور فی خصوص الاُختَین.

ص:۴۶۹

۱- الروایه ضعیفه سنداً، وعمل المشهور بها لا یوجب اعتبارها. (تقی القمّی).

ومنهم من تعـدّى(۱) إلى الأُـمّ(۲) والبنت أيضاً. ولكن العمـل بهـا حتّى فى موردها مشـكل(۳) ؛ لمخالفتها(۴) للقواعد(۵) ، وإمكان حملها على بعض

ص:۴۷۰

۱- فى التعدّى إشكال. (المرعشى).

۲- لا يجوز التعدّى؛ لأنّ الحكم على خلاف القاعده. (الفانى).

۳- لاـ إشـكال فيـه بعـد عمـل المعظـم، وإنّمـا الإشـكال فى التعـدّى. (البـروجردى). * العمـل بـالروايه فى موردهـا هـو المتعيّن. (عبـدالهادى الشيرازى). * لاـ بـأس بالعمـل بهـا فى موردهـا. (الشـريعتمدارى). * لاـ إشـكال فيه، ولاـ بأس بمخالفتها للقواعـد. (الخمينى). * لاـ إشـكال فى العمـل بهـا فى موردهـا، نعم، فى التعـدّى إشـكال. (محمّـد رضاالگلپايگـانى). * بـل يتعيّن بهـا فى موردهـا، ولا يتعـدّى إلى غيره. (زين الـدين). * لا بأس بالعمل بها فى موردها. (محمّـد الشـيرازى). * العمل بالروايه فى موردها متعيّـن، نعـم، لاـ وجـه للتعـدّى. (الروحـانى). * لاـ إشـكال فيـه، ومجرّد المخـالفه للقواعـد على فرضـها لاـ يمنـع عـن العمل بالروايه،خصوصاً بعد عمل المشهور بها. (اللنكرانى).

۴- يمكن أن يقـال: لا إشـكال فيه بعـد عمل المعظم، وإنّما الإشـكال فى التعـدّى. (عبـدالله الشـيرازى). * مخالفتها للقواعـد بعد انجبار ضعفها بالعمل، ولزوم الشاهد فى الحمل المفقود فيالمقام لا توجب طرحها، فالعمل بها فى موردها متعيّن. (الفانى).

۵- مجرّد المخالفه للقواعد لا يوهن الروايه المعمول بها ولو لدى جمعٍ من الأعاظم.(آقاضـياء). * كالتقديم بلا مرجّح، وكالأخذ ببيّنه المنكر. (المرعشى).

المحامل(۱) الّتی لا تخالف القواعد.

زوجیّه العبد من مملوکه اشتراها لاحقاً له أو للمولی أو مطلقاً

السادسه : إذا تزوّج العبد بمملوکهٍ ثمّ اشتراها بإذن المولی: فإن اشتراها للمولی بقی نکاحها(۲) علی حاله(۳) ، ولا إشکال فی جواز وطئها(۴) . وإن اشتراها لنفسه بطل نکاحها(۵) ، وحلّت له بالملک علی الأقوی من ملکیه العبد(۶) . وهل یفتقر وطوها حینئذٍ إلی الإذن من المولی، أو لا؟ وجهان :

ص:۴۷۱

۱- ککون المورد من مصادیق قضیّهٍ فی واقعه. (المرعشی).

۲- وللمولی الخیار. (المرعشی). * تقدّم أنّ بیع الأمه طلاقها، وعلی هذا فیثبت الخیار للمولی علی أساس أنّه المشتری لها، فإن أجاز بقی النکاح، وإلّا انفسخ؛ وعلیه فلا یجوز للعبد وطوها إلّاباجازه المولی. (الخوئی). * ولکن للمولی الخیار فی الفسخ والإمضاء، والأحوط للعبد ترک وطئها بدون إمضاء المولی. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- ما لم یفسخ المولی. (اللنکرانی).

۴- بشرط کون رضا المالک محرَزاً ولو بالاستصحاب؛ بناءً علی صحّته، ولا یخلو منإشکال. (المرعشی). * ما لم یفسخ الولیّ نکاحهما، أو یعلم بعدم إذنه فی وطئها. (زین الدین). * إذا رضِیَ مولاها الجدید. (محمّد الشیرازی). * وإن کان الأحوط الاستئذان لا بلحاظه، بل بلحاظها. (اللنکرانی).

۵- علی إشکال. (اللنکرانی).

۶- کون ملکیّته الّتی هی عین ملکیه المولی موجباً لترتّب هذه الأحکام محلّ تأمّل.(البروجردی). * ملکیّته محلّ تأمّل، کما أنّ بطلان النکاح بها محلّ تأمّل. (الخمینی).

أقواهما ذلک(۱) ؛ لأنّ الإذن السابق إنّما کان بعنوان الزوجیّه، وقد زالت بالملک فیحتاج إلی الإذن الجدید(۲) .

ولو اشتراها لا بقصد کونها لنفسه أو للمولی: فإن اشتراها بعین مال المولی کانت له وتبقی الزوجیّه(۳) ، وإن اشتراها بعین ماله کانت له وبطلت الزوجیّه. وکذا إن اشتراها فی الذمّه؛ لانصرافه إلی ذمّه نفسه. وفی الحاجه إلی الإذن الجدید وعدمها الوجهان(۴) .

تصدیق دعوی عدم الزوجیّه من غیر فحص

السابعه : یجوز تزویج امرأهٍ تدّعی أنّها خلیّه من الزوج، من غیر فحصٍ مع عدم حصول العلم(۵) بقولها، بل وکذا(۶) إذا لم تدّعِ ذلک ولکن دعت

ص:۴۷۲

۱- بل الأوفق بالقواعد أنّه لا یفتقر إلی الإذن بمقتضی الملکیه، نعم، للمولی منعه عن الوطء بمقتضی مالکیّته الطولیّه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل أحوطهما. (زین الدین). * بل الوجه الثانی قویّ. (اللنکرانی).

۲- نعم، إلّا أنّ الإذن فی الشراء لنفسه إذن له فیه، فلا یحتاج إلی إذنٍ آخر. (الخوئی).

۳- وللمولی الخیار. (المرعشی). * مع الخیار للمولی بنحو ما مرّ. (محمّد رضا الگلپایگانی). * علی نحو ما مرّ، وکذا البطلان فی الفرض الآتی. (اللنکرانی).

۴- والأوجه عدم الحاجه إلی الإذن هنا. (کاشف الغطاء). * الأحوط الاحتیاج إلیه. (المرعشی). * وقد مرّ أنّ الأوفق بالقواعد عدم الحاجه إلی الإذن. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۵- الأحوط فی هذه الصوره ترک الاعتماد علی قولها، إلّا إذا ادّعت أنّها خلیّه. (محمّدرضا الگلپایگانی).

۶- فی إطلاق الحکم إشکال؛ فإنّ النصّ لا یشمل هذه الصوره. (تقی القمّی).

الرجـل إلى تزويجهـا، أو أجابت إذا دَعت إليه، بل الظاهر ذلك وإن عُلِم كونها ذات بعلٍ سابقاً وادّعت طلاقها، أو موته. نعم، لو كانت متّهمةً فی دعواها فالأحوط(۱) الفحص(۲) عن حالها(۳) .

ومـن هنـا ظهر جـواز تزويـج زوجـه مَـن غـاب غيبـةً منقطعةً ولم يُعلَم مـوته وحيـاته إذا ادّعت حصـول العلم لهـا بمـوته(۴) من الأمارات(۵) والقرائن، أو بإخبـار المُخبِرين وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجرى العقـد عليها ما لم يعلم كـذبها فی دعوى العلم، ولكنّ الأحوط(۶) الترك(۷) ، خصوصاً

۱- والأولى. (الخمينی، اللنكرانی). * لا بأس بتركه. (تقی القمّی).

۲- لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها. (الخوئی). * لا دليل على وجوب هذا الاحتياط، لكنّ تركه ليس ينبغی، وكذا الاحتياط التالی. (محمّد الشيرازی).

۳- إلى أن يعلم حالها، ولا يكفی الظنّ بالعدم؛ لأنّه لا يُغنِی من الحقّ شيئاً. (آقا ضياء).

۴- لا بل إذا أخبرت بأنّها لا زوج لها. (البروجردی). * والأحوط إذا أخبرت بأنّها لا زوج لها. (عبدالله الشيرازی).

۵- ما لم يكن حدسيّه محضه، وإلّا ففيه إشكال، ووجهه واضح. (آقا ضياء).

۶- هـذا الاحتيـاط لا يُترك. (النائينی). * لا يُترك هـذا الاحتياط. (الكوه كَمَری). * الأحوط بل الأقوى فی مثل هـذه الفروع أو الفروض الرجوع إلى حاكم الشـرع العارف بالشوون العرفيّه، مضافاً إلى الموازين الشـرعيّه، فيطلّق ويزوّج أو يمنع حسبما يظهر له بعد التحرّی والتحقيق. (كاشف الغطاء).

۷- لا يُترك. (الإصطهباناتی).

إذا كانت متّهَمه.

ادّعاء المرأه الزوجيّه بعد التزوّج بها

الثـامنه : إذا ادّعت امرأه أنّها خليّه فتزوّجها رجل، ثمّ ادّعت بعـد ذلك كونها ذاتَ بعلٍ(۱) لم تُسمَع دعواها(۲) ، نعم، لو أقامت البيّنه على ذلك فُرِّق بينها وبينه(۳) ، وإن لم يكن هناك زوج معيّن بل شهدت بأنّها ذات(۴) بعلٍ على وجه الإجمال.

لزوم العلم بايقاع الوكيل للعقد فى زمان معين قبل المقاربه منهما

التاسعه : إذا وكّلا ـ وكيلا ـ فى إجراء الصيغه فى زمانٍ معيّنٍ لا ـ يجوز لهمـا المقاربه بعـد مضـيٍّ ذلك الزمان، إلّا إذا حصل لهما العلم(۵) بإيقاعه، ولا يكفى الظنّ بذلك وإن حصل من إخبار مُخبِرٍ بذلك وإن كان ثقه(۶) .

ص:۴۷۴

۱- أى حين وقوع التزويج. (اللنكرانى).

۲- ، نعم، لو ادّعت ذلك قبل الدخول فالأحوط للزوج التفحّص، وإن كان الأقوى عدملزومه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- ظاهره سماع الحاكم دعواها والحكم لها ببيّنتها على الزوج إن كان منكِراً، وهومشكل، وإن كان اتّباع البيّنه واجباً على الزوج فى عمل نفسه مع جهله.(البروجردى).

۴- بأن تشهد بأنّها كانت ذات بعلٍ وتزوّجت من الثانى حين كونها كذلك. (الخمينى).

۵- أو الاطمئنان. (المرعشى).

۶- إخبار العدل كافٍ. (الفيروزآبادى). * خبر الواحد الموثوق به حجّه. (الفانى). * على الأحوط. (الخمينى). * لا يبعد حجّيّه قول الثقه وإن لم يحصل الظنّ منه. (الخوئى). * احتمال الكفايه بأخبار الثقه قوىّ، ولكن لا يُترك الاحتياط. (حسن القمّى). * قول(فى أصل النسخه: (قوله)، والصحيح ما أثبتناه.) الثقه الواحد حجّه فى الموضوعات، كما هو كذلك فى الأحكام. (تقيالقمّى). * الأظهر حجّيّه خبر الثقه. (الروحانى).

نعم(۱) ، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقةً، بل مطلقاً(۲) ؛ لأنّ قول الوكيل حجّه(۳) فى ما وُكِّلَ فيه.

*

*

*

۱- لا تبعد الكفايه، ولكنّ الاحتياط لا ينبغى تركه فى المقام. (محمّد الشيرازى).

۲- فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالترك إلى حصول العلم أو الاطمئنان. (المرعشى). * فيه إشكال. (تقى القمّى).

۳- إذا لم يكن متّهماً. (الفانى).

فصل [فی أولیاء العقد]

ولایه الأب والجدّ الأب

وهم الأب والجِدّ من طرف الأب، بمعنی أب الأب فصاعداً، فلا یندرج فیه أب اُمّ الأب، والوصیّ(۱) لأحدهما(۲) مع فقد الآخر، والسیّد بالنسبه إلی مملوکه، والحاکم(۳) .

عدم ولایه الاُمّ ولا الجد من قبلها ولا الأخ والعم والخال وأولادهم

ولا ولایه للاُمّ ولا الجَدّ من قبلها ولو من قبل اُمّ الأب، ولا الأخ والعمّ والخال وأولادهم.

ولایه الأب والجدّ علی الصغیرین والمجنون

(مسأله ۱) : تثبت ولایه الأب والجَدّ علی الصغیرَین، والمجنون المتّصل جنونه بالبلوغ، بل والمنفصل(۴) علی . . . .
. . .

۱- الماتن یتعرّض لحکم الوصیّ والسیّد والحاکم فی ما بعد، فانتظر. (تقی القمّی). * یأتی الکلام فیه. (اللنکرانی).

۲- علی إشکالٍ یأتی. (الکوه کَمَری، الروحانی). * المسأله مشکله، لا یُترک فیها الاحتیاط. (الخمینی). * علی ما یأتی الکلام فیه وفی الحاکم أیضاً. (حسن القمّی).

۳- فی بعض الموارد، ویأتی الکلام فیه. (الخمینی). * فی الإطلاق نظر. (المرعشی).

۴- الأقوی أنّ الولایه فیه للحاکم، وإن کان الأحوط الاستئذان من أبیه أو جدّه معإمکان ذلک. (صدرالدین الصدر). * لا دلیل علی امتداد ولایتهما علی الصغیرین فی الجنون المنفصل عن البلوغ، بلوفی المتّصل به؛ وحیث إنّ ولایه الحاکم فی الصورتَین أیضاً غیر مستفادهٍ من الأدلّه فلابدّ من المصیر إلی تولّی الأب والجِدّ أمرهما مع الاستئذان من الحاکم الشرعی.(الفانی). * بل الأقوی فیه ولایه الحاکم، والأحوط الاستئذان من أحدهما أیضاً. (محمّد رضاالگلپایگانی).

الأقوی(۱) .

الولایه علی البالغ والبالغه الرشیدین

ولا ولایهَ لهما علی البالغ الرشید، ولا علی البالغه الرشیده إذا کانت ثیّبه.

واختلفوا فی ثبوتها علی البِکر الرشیده علی أقوال، وهی: استقلال الولیّ

۱- الأقوی اختصاص الولایه فی المنفصل بالحاکم الشرعیّ. (النائینی). * والأقوی اختصاص الولایه فی المنفصل بالحاکم الشرعیّ. (جمال الدینالگلپایگانی). * الأحوط الاستئذان من الحاکم أیضاً فی الجنون المنفصل عن البلوغ.(البجنوردی). * الأحوط الاستئذان من الحاکم أیضاً. (عبدالله الشیرازی). * بل علی الأحوط، والأحوط منه الاستئذان من الحاکم أیضاً. (المرعشی). * فیه إشکال، والأحوط الاستئذان من الحاکم أیضاً(هذه التعلیقه أوردناها من نسخهٍ اُخری غیر ما بأیدینا.). (الخوئی). * لا یُترک الاحتیاط بالاستئذان من الحاکم أیضاً. (السبزواری). * یشکل ذلک، والأحوط الاستئذان منهما ومن الحاکم الشرعیّ إذا اقتضت الضرورهتزویجه. (زین الدین). * لا یُترک الاحتیاط فی المنفصل بالاستئذان من الحاکم أیضاً. (حسن القمّی). * والأحوط الاستئذان من الحاکم. (اللنکرانی).

واستقلالها(۱) ، والتفصیل(۲) بین الـدوام والانقطـاع باسـتقلالها فی الأوّل دون الثانی، والعکس، والتشریک(۳) بمعنی اعتبـار إذنهما معاً(۴) .

۱- وهو الأقوی. (عبدالهادی الشیـرازی، السبزواری). * هذا هو الأقوی، وإن کان الأحوط الاستئذان من الولیّ، بل هو ألیق بمقام تشـریفالولیّ المرغوب فیه شـرعاً. (الفـانی). * وهــذا لاـ یخلـو مـن وجـه، ولکـن لاـ یُـترک مـا ذکره مـن الاحتیـاط. (محمّد رضاالگلپایگانی). * هذا هو الأقوی، ولکنّ الاحتیاط بالاستئذان من الأب أیضاً لا ینبغی ترکه.(الروحانی).
۲- وکالتفصـیل بین الأب والجِـدّ، کما جنح إلیه بعض الأعلام(شـرائع الإسـلام: ۲/۵۰۳ _ ۵۰۵، راجع مختلف الشیعه: ۷/۹۶ _ ۱۰۷، إیضاح الفوائد :۳/۱۶ _ ۲۷.)؛ زعماً منه قـدّس سرّه أنّه وجه جمعٍ بین النصوص، والمختار هو ثانی الوجوه المذکوره فی المتن مطلقـاً فی الـدواموالانقطاع، سواء تسـاوی الزوجان فی الشأن أم لا، وسواء تزوّجت الزوجه قبله وطُلِّقت قبل الـدخول أم لا، ولا یُلتفَت إلی بقیّه الوجوه؛ لمکان ضعف مستنداتهاصدوراً أو دلالهً أو جهه. (المرعشی).
۳- الجمع بین النصوص یقتضی ذلک. (تقی القمّی).
۴- واسـتقلال کـلٍّ منهما کولایه الجَـدّ والأب علی الصـغیره اختاره فی المسـتند(مسـتند العروه الوثقی(کتاب النکاح): ۲/۲۷۶.). (الإصـفهانی). * واسـتقلال کلٍّ منهما کولایه الأب والجَدّ علی الصغیرین اختاره فی المستند، وإن کان القول الثانی لا یخلو من قوّه، إلّا أنّ الاحتیاط بالاستئذان منهما لا یُترک.(الإصـطهباناتی). * وهناک احتمال آخر، وهو اسـتقلال کلّ واحدٍ منهما، کولایه الأبّ والجَدّ.(البجنوردی).

والمسأله(۱) مشکله(۲) ، فلا تُترک مراعاه الاحتیاط بالاستئذان

۱- الأقوی استقلالها بالأمر، وإن کان الأحوط ما فی المتن. (صدرالدین الصدر).

۲- وإن کـان أوّل الأقوال أوفق بـالجمع بین الأخبـار ثمّ التشـریک. (الفیروزآبادی). * بل الأقوی اسـتقلالها مطلقاً؛ حملاً للناهیه المطلقه المفصّله علی الکراهه الناشئهمن الاسـتقباحات العرفیّه، ولا أظنّ حینئـذٍ إشـکالاً فی المسأله بعـد وضوح الجمع المزبور، والله العـالم. (آقـا ضیاء). * وإن کـان القـول الثـانی لاـ یخلو من قوّه. (الإصـفهانی). * ولکن لاـ یبعـد صـحّه القول الثـانی، وهو اسـتقلالها، وعـدم الاحتیاج إلی إذن الولیّ،وهو المشـهور بین القدماء والمتأخّرین(الانتصار: ۲۸۳، من لا یحضـره الفقیه: ۳/۳۹۷، ح۴۳۹۷، الخلاف: ۴/۲۵۰، غنیه النزوع: ۳۴۳،الوسیله: ۲۹۹، قواعد الأحکام: ۳/۱۱ و۱۴، السرائر: ۲/۵۶۱، شرح اللمعه: ۵/۱۱۶.)، وادّعی علیه الإجمـاع، وبه وردتالروایات(الوسائل: الباب (۴) من أبواب عقـد النکاح وأولیاء العقد، ح۲، والباب (۴۴) من أبواب مقدّماتالنکاح، ح۲ و۳.) الصـحیحه. (البجنوردی). * الأـقوی اسـتقلال کـلٍّ من البِکر الرشـیده ومن أبیهـا بالأـمر؛ وفاقـاً لصاحب المستندوالسیّد الاُستاذ ، فإذا عقدت هی نفسها صحّ عقدها ونفذ وإن لم تستأذن أباها،وإن عقدها الأب نفذ عقده إیّاها کذلک وإن لم یسـتأذنها، نعم، الأفضـل بـل الأـحوط لکلٍّ منهما أن یسـتأذن الآخر إذا أراد العقـد، بل یجوز للأب أن ینقض عقـد البنت إذاعقدت هی نفسها من غیر إذنه وإن کان صحیحاً، وکلّ ذلک مع مراعاه شروط ولایتهعلیها، ولا أمر للجَدّ ولا لغیره من الأولیاء معها. (زین الـدین). * وإن کان القول الثانی هو الأقوی، ویحتمل اسـتقلال الأب أیضاً، کما أنّه یحتملأن یکون له فسـخ العقد لو تزوّجت من دون إذنه، فلو تزوّجت من دون إذن أبیها ثمّفسخ العقد، أو زوّجها الأب من دون إذنها فلا یُترک مقتضـی الاحتیاط. (حسن القمّی). * وإن کـان القول الثـانی ـ وهو اسـتقلالها ـ لا یخلو من قوّه، ومع ذلک فلا تُترک مراعاه الاحتیاط بالاستئـذان من الأب أو الجَدّ أیضاً. (اللنکرانی).

منهما(۱) .

لزوم إذن البكر والأب ما لم تسقط ولايته

ولو تزوّجت من دون إذن الأب، أو زوّجها الأب من دون إذنها وجب(۲) : إمّا إجازه الآخر، أو الفراق بالطلاق(۳) .

نعم، إذا عَضَلها الولىّ ــ أى منعها من التزويج بالكُفْو مع ميلها ــ سقط(۴)

ص:۴۸۰

۱- وإن كان القول الثانى فى صور الاختلاف أوجه. (محمّد الشيرازى).

۲- لو لزم الاحتياط، وقد عرفت الحال. (المرعشى). * تقدّم أنّ الأقوى صحّه العقد فى كلا الفرضين، نعم، يجوز للأب أن يفسخ عقدابنته إذا لم تستأذِنه. (زين الدين).

۳- على الأحوط، لكنّ استقلالها فى الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هوالأقوى. (النائينى). * على الأحوط، لكنّ استقلالهما فى الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هوالأقوى. (جمال الدين الگلپايگانى). * قد عرفت أنّ الأقوى استقلالها. (الفانى).

۴- الجزم بالسقوط مشكل، ويُحتمل كفايه تصدّى الحاكم نيابهً وأصالهً للإذن إذا كانالمقام مقام الضروره واللابدّيّه. (تقى القمّى).

اعتبار إذنه(۱) . وأمّا إذا منعها من التزویج بغیر الکَفْو شرعاً فلا یکون(۲) عَضَلاً. بل وکذا لو منعها(۳) من التزویج بغیر الکَفْو عرفاً(۴) ممّن فی تزویجه غَضاضَه(۵) وعار علیهم وإن کان کُفْواً شرعیّاً. وکذا لو منعها من التزویج بکُفْوٍ معیّنٍ مع وجود کُفْوٍ آخر.

وکذا یسقط اعتبار إذنه إذا کان غائباً(۶) لا یمکن الاستئذان منه مع حاجتها إلی التزویج.

محتملات ذهاب البکاره

(مسأله ۲) : إذا ذهبت بَکارتها(۷) بغیر الوطء من وثبهٍ ونحوها فحکمها حکم البِکر(۸) .

۱- مع عدم کُفؤٍ آخَرَ فعلاً. (السبزواری).

۲- لکنّ الاحتیاط لا یُترک فی جمیع الصور المذکوره. (تقی القمّی).

۳- بل ربّما یقال بجواز منع الولیّ عن التزویج بغیر الکفؤ عرفاً، وإن لم تکن الولایهثابتهً له بوجه، غایه الأمر أنّها لو خالفت وزوّجت نفسها منه یصحّ نکاحها، ولکنّه مشکل، کما أنّ ما فی المتن أیضاً کذلک. (اللنکرانی).

۴- مع وجود الکُفؤ العرفیّ، وإلّا فمشکل. (محمّد رضا الگلپایگانی). * مع وجود الکُفؤ العرفیّ، وإلّا فمحلّ إشکال، بل منع. (محمّد الشیرازی).

۵- [۵] الغَضاضه: النَقص والذُلّ والانکسار، ورجل غَضِیض: ذَلیل. لسان العرب ۱۰/۸۲، (مادهغضض).

۶- الأحوط استئذان حاکم الشرع لولایته عن الغائب. (کاشف الغطاء).

۷- یعنی عذرتها، وإلّا فالبَکاره لا تزول بغیر الوطء. (الخوئی).

۸- فی ولایه الأب علی غیر البِکر علی فرض ولایته إشکال. (عبدالهادی الشیرازی). * فیه تأمّل، والاحتیاط فی محلّه. (محمّد الشیرازی). * علی الأحوط. (حسن القمّی). * علی القول بولایه الأب ولایته علی غیر البِکر مشکله. (الروحانی).

وأمّا إذا ذهبت بالزنا أو الشبهه ففيه إشكال(۱) ، ولا يبعد(۲) الإلحاق(۳) ؛

ص:۴۸۲

۱- ولا يبعد عدم الإلحاق. (صدرالدين الصدر). * بعيد جدّاً، ودعوى التبادر ممنوعه. (جمال الدين الگلپايگانی). * لا إشكال فی عدم الإلحاق بالبِكر، ودعوى أنّ البِكر مَن لم تتزوّج حتّى يترتّب عليها الإلحاق فی هذه الصوره، وعدم الإلحاق فی الصوره الأخيره مدفوعه: بعدم الدليل على هذه الدعوى، بل البِكر عباره عمّن لم تزل بَكارتها بالوطء، والّذی يسهّل الخطب استقلال الباكره، نعم، الأحوط والأليق بمقام تشريف الأب والجَدّالاستئذان منهما. (الفانی). * الأقوى أنّها بحكم البِكر؛ لظهور بعض النصوص بأنّ الثيبوبه بدخول الزوج، وأمّادعوى التبادل كما فی المتن فهی ممنوعه. (زين الدين).

۲- فيه إشكال. (الفيروزآبادی). * بل بعيد. (محمّد رضا الگلپايگانی). * بعيد جدّاً، ودعوى التبادر ممنوعه. (النائينی). * بل بعيد غايته، والميزان المستفاد من مجموع النصوص انتفاء الولايه بالدخول الناشئ عن الزوجيّه. (تقی القمّی).

۳- فيه بُعد. (الكوه كَمَری). * بل بعيد، ودعوى التبادر ممنوعه. (الإصطهباناتی). * الإلحاق مشكل جدّاً. (الشريعتمداری). * بل لا يبعد عدمه، لكن لا يُترك الاحتياط فيه وفی تاليه. (الخمينی). * بل هو بعيد، ودعوى التبادر لا أساس لها. (الخوئی). * بل بعيد. (محمّد الشيرازی). * فيه وفی ما بعده إشكال، فلا يُترك الاحتياط فيهما، بل بعيد جدّاً، ودعوى التبادرممنوعه. (حسن القمّی). * بل هو بعيد غايته، ودعوى التبادر كما ترى. (الروحانی).

بدعوی(۱) أنّ المتبادر من البِكر مَن لم تتزوّج؛ وعليه فإذا تزوّجت(۲) ومات عنها أو طلّقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البِكر(۳) ، ومراعاه الاحتياط أولی(۴) .

۱- فيها نظر، بل منع. (صدرالدين الصدر). * الدعوی ممنوعه، بل عدم الإلحاق غير بعيد. (اللنكرانی).

۲- أی البِكر الرشيده، قوله: «لا يلحقها حكم البِكر»، أی بعد هذا التزويج لا تحتاج إلی إذن الأب وإن كانت العذره وجلده البكاره باقيهً لفوات العنوان، أی عنوان عدم التزويج. (الفيروزآبادی). * يعنی إذا تزوّجت البِكر ومات عنها زوجها قبل الدخول، أو طلّقها مع كونها بكراً،والأقوی كونها حينئذٍ محكومهً بحكم البِكر، وما ذكره مستنداً لعدم الإلحاق ضعيف.(محمّد رضا الگلپايگانی).

۳- بل يلحقها. (الكوه كَمَری). * فيه نظر. (عبدالهادی الشيرازی). * فيه تأمّل، بل منع. (الروحانی).

۴- بل لا يُترك. (الإصطهباناتی، البروجردی، المرعشی، اللنكرانی). * بل مراعاته بناءً علی القول بعدم استقلالها لازم. (البجنوردی). * لا يُترك. (عبدالله الشيرازی، الشريعتمداری).

ثبوت ولایه الجدّ فی حیاه الأب وموته

(مسأله ۳) : لا یُشترط فی ولایه(۱) الجَدّ حیاه الأب ولا موته. والقول بتوقّف ولایته علی بقاء الأب _ کما اختاره جماعه(۲) _ ضعیف(۳) ، وأضعف منه القول بتوقّفها علی موته، کما اختاره بعض(۴) العامّه(۵) .

نفوذ تزویج الولی الصغیره بعد بلوغها ورشدها وکذا الصغیر

(مسأله ۴) : لا خَیار للصغیره(۶) إذا زوّجها الأب(۷) أو الجَدّ بعد بلوغها

ص:۴۸۴

۱- فیه إشکال، والأحوط اشتراط حیاه الأب. (حسن القمّی).

۲- [۲] تحریر الأحکام: ۳/۴۳۴، المختصر النافع: ۱۷۳، کشف الرموز: ۲/۱۱۰.

۳- لضعف مستنده صدوراً ودلالهً. (المرعشی). * بل قویّ، ولا یُترک الاحتیاط. (تقی القمّی).

۴- [۴] کتاب الاُمّ: ۵/۱۴، مختصر المزنی: ۱۶۵، التمهید لابن عبدالبرّ: ۱۹/۹۵.

۵- وتبعه بعض الخاصّه(راجع مسالک الأفهام: ۷/۱۱۷، بُلغه الفقیه: ۳/۲۶۸). (الفانی).

۶- الخیار مشکل، وعدمه أشکل، والأحوط الطلاق بعد البلوغ، لا الفسخ، ونحوهالمجنون. (محمّد الشیرازی). * فی خصوص تزویج الصبیّ بالصبیّه إذا زوّجها أبواهما یحتمل أن یکون لهماالخیار بعد بلوغهما، للنصّ(الوسائل: الباب (۶) من أبواب عقد النکاح، ح۸.) الصحیح، وإن ادُّعی عدم العمل به، ولا یُترک مقتضیالاحتیاط فی هذه الصوره. (حسن القمّی). * مقتضی النصّ الخاصّ الخیار للصغیرین إذا زوّجهما أبواهما فی زمان صغرهما،فیکون لهما الخیار بعد البلوغ. (تقی القمّی).

۷- هذا هو المعروف، بل ادّعی فیه عدم الخلاف، إلّا أنّ فی روایهٍ صحیحهٍ(الوسائل: الباب (۶) من أبواب عقد النکاح، ح۹.) ثبوت الخیار لها وللصغیر بعد بلوغهما فیما إذا زوّجهما أبواهما حال الصغر، فالاحتیاط فی هذه الصوره لا یُترک. (الخوئی).

ورشـدها، بل هو لازم عليها، وكـذا الصـغير(۱) على الأـقوى(۲) ، والقول بخَيـاره فى الفسـخ والإمضـاء ضـعيف. وكـذا لا خَيار للمجنون بعد إفاقته.

ما يشترط فى صحّه تزويج الأب

(مسأله ۵) : يشترط(۳) فى صحّه تزويج الأب والجَدّ ونفوذه عدم المفسده، وإلّا يكون العقد فضوليّاً كالأجنبيّ. ويحتمل(۴)

۱- الاحتياط لا يُترک فيهما. (عبدالله الشيرازى).

۲- القول بخياره فى الفسخ والإمضاء له وجه؛ لورود روايهٍ حسنهٍ(الوسائل: الباب (۶) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح۹.) به،وقـد أفتى بمضـمونها جماعه(المهذّب البارع: ۳/۲۱۸، مختلف الشـيعه: ۷/۱۲۲، مسالـک الأفهام: ۷/۱۱۹، نهـايه المرام :۱/۶۶، كشف اللثام: ۷/۹۸.)، ولكن الأـظهر عـدم الخيار له، والاحتياط لا ينبغى تركه. (الروحانى). * وإن ورد فى روايهٍ صـحيحهٍ ثبوت الخيـار لهما إذا زوّجهما الأبوان، لكنّ النصوص(الوسائل: الباب (۶) من أبواب عقـد النكاح وأولياء العقد، ح۱ و۳ و۷.) المتظافره والإجمـاع المـدّعى على عـدم الخيـار للصـغيره بعـد بلوغهـاتوجب حمـل الخيار فيها مطلقاً على معنىً آخر غير ما هو المصـطلح. (اللنكرانى).

۳- الجزم بالاشتراط مشكل، والاحتياط لا يُترک. (تقى القمّى).

۴- احتمالاً ضـعيفاً. (صدرالدين الصدر). * لكنّه ضـعيف. (الخمينى). * سنده احتمال اعتبار كون المُجيز جائز التصرّف فى حال العقـد، وفيه منع. (المرعشـى). * هـذا الاحتمال فى مسأله التزويـج ضـعيف. (محمّد رضا الگلپايگانى). * هذا الاحتمال ضـعيف. (تقى القمّى). * احتمالاً فى غايه الضعف، وكذا الإشكال فى الصحّه فى الفرض الآتى. (اللنكرانى).

عدم(۱) الصحّه(۲) بالإجازه(۳) أيضاً، بل الأحوط(۴) مراعاه المصلحه(۵) . بل يشكل(۶) الصحّه(۷) إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب

۱- الأقوى كفايه الإجازه بعد البلوغ. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى).

۲- وهو ضعيف جدّاً. (آقا ضياء). * هذا الاحتمال ضعيف جدّاً. (الفانى). * لكنّه ضعيف. (السبزوارى). * لكنّه بعيد، وكذلك الحال فى المسأله الآتيه. (الخوئى). * هذا الاحتمال غير قوىّ، والاحتياط التالى مستحبّ. (محمّد الشيرازى). * الأظهر هى الصحّه بالإجازه بعد البلوغ. (الروحانى).

۳- وهو ضعيف، وخلاف إطلاق الأدلّه، فالأقوى هى الصحّه مع الإجازه.(البجنوردى). * هذا الاحتمال ضعيف، فإذا اُجيز العقل بعد البلوغ نفذ. (زين الدين).

۴- لا يُترك. (المرعشى). * لا بأس بتركه. (تقى القمّى).

۵- وإن كان الأظهر عدم لزومها. (الروحانى).

۶- إشكالاً ضعيفاً. (صدرالدين الصدر). * بل لا إشكال فيها ما لم تكن فيه مفسده، وإن كان الأحوط والأولى للأب مراعاهالأصلح. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۷- ولعلّه فى مثل هذا الفرض يصدق على مثل هذا التزويج خيانه على الصغير،وأدلّه الولايه منصرفه عن هذه الحاله. (آقا ضياء). * الظاهر الصحّه مع عدم المفسده، كما هو المفروض. (زين الدين). * لا إشكال فيها، وإن كان الأولى مراعاه الأصلح. (محمّد الشيرازى). * لا إشكال فيها. (الروحانى).

الشرف، أو من أجل كثره المهر أو قلّته بالنسبه إلی الصغیر، فاختار الأب غیر الأصلح لتشهّی نفسه.

تزویج الولیّ البنت بدون مهر المثل أو الصغیر بأزید منه

(مسأله ۶) : لو زوّجها الولیّ بدون مهر المِثل، أو زوّج الصغیر بأزید منه : فإن کان هناک مصلحه(۱) تقتضی ذلک صحّ العقد والمهر، ولزم؛ وإلّا ففی صحّه العقد(۲) وبطلان المهر والرجوع إلی مهر المثل، أو بطلان العقد أیضاً قولان: أقواهما(۳) الثانی(۴) .

۱- رعایه المصلحه فی تزویج البنت الصغیره مبتّیه علی الاحتیاط. (تقی القمّی). * أو لم تکن مفسده ومنقصه وضرر فی العقد بذلک المهر. (الروحانی).

۲- أو صحّتهما أقوال. (المرعشی).

۳- الأقوی هو صحّه العقد مع عدم المفسده، وتوقّف صحّه المهر علی الإجازه ومعدم الإجازه یرجع إلی مهر المثل. (الخمینی).

۴- بل الأقوی هو الأوّل إذا لم یکن أصل التزویج علی خلاف المصلحه. (الإصفهانی). * بل الأوّل، حتّی بالنسبه إلی ثبوت المهر مع عدم المفسده. (صدرالدین الصدر). * الأقوائیّه ممنوعه، بل الأوّل إذا لم یکن أصل التزویج علی خلاف المصلحه لایخلو من القوّه. (الإصطهباناتی). * القوّه فی محلّ المنع. (البروجردی، عبدالله الشیرازی). * بل الأوّل. (عبدالهادی الشیرازی، الفانی). * فیه تأمّل. (الشریعتمداری). * مشکل، بل ممنوع، مع مراعاه المصلحه فی أصل التزویج. (السبزواری). * بل الأوّل، وقد تقدّم أنّ الاحتمال التالی لیس قویّاً. (محمّد الشیرازی). * فیه إشکال. (حسن القمّی). * إذا کان فی نفس العقد مفسده، وإلّا ففیه إشکال، بل لا یخلو القول بصحّه العقدوبطلان المهر ــ بمعنی التوقّف علی الإجازه ــ من قوّه. (اللنکرانی).

والمراد من البطلان: عـدم النفوذ، بمعنى توقّفه على إجازتها بعـد البلوغ. ويحتمل(۱) البطلان(۲) ولو مع الإجازه(۳) ؛ بناءً على اعتبار وجود المُجِيز فى الحال.

۱- تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (جمال الدين الگلپايگانى). * مرّ ضعفه. (الخمينى). * المبتنى والمبنى ضعيفان. (المرعشى). * قد مرّ ضعف هذا الاحتمال فى المقام. (محمّد رضا الگلپايگانى). * قد مرّ ضعفه. (تقى القمّى).

۲- تقـدّم أنّ الأقوى خلافه. (النائينى). * وهو ضـعيف جـدّاً، ووجهه واضح. (آقا ضـياء). * وهو ضـعيف. (عبدالله الشـيرازى). * وهـذا الاحتمال ضـعيف، كما تقـدّم فى المسأله الخامسه، فإذا اُجيز العقـد نفـذ.(زين الـدين). * لكنّه ضـعيف. (الروحانى). * مرّ ضعف هذا الاحتمال فى المسأله السابقه. (اللنكرانى).

۳- تقدّمت قوّه الصحّه، مع لحوق الإجازه منها بعد البلوغ. (البجنوردى).

لزوم إذن الولی فی نکاح السفیه

(مسأله ۷) : لا یصحّ نکاح السـفیه(۱) المبذِّر(۲) إلّا بـإذن الولیّ، وعلیه أن یعیّن(۳) المهر والمرأه(۴) ، ولو تزوّج بـدون إذنه وقف علی إجازته، فإن رأی المصلحه وأجاز صحّ، ولا یحتاج إلی إعاده الصیغه؛ لأنّه لیس کالمجنون والصبیّ(۵) مسلوب(۶) العباره(۷) ؛ ولذا تصحّ وکالته عن الغیر فی إجراء

۱- إذا حُجِر علیه للتبـذیر، نعم، السـفیه المتّصـل سـفهه بزمـان الصـغر محجور مطلقاً.(الخمینی). * لا دلیل معتبر علی الولایه علی السفیه، نعم، بالنسبه إلی السفیه الدلیل تامّ، وممّاذُکر یظهر الإشکال فی الفرع الآتی. (تقی القمّی).

۲- الظاهر أنّه أراد بهـذا القید مَن لا یعلم صـلاحه وفساده؛ ولأجل ذلک یکون القیدتوضـیحیّاً، لا احترازیّاً؛ حیث إنّ ذلک معنی السـفیه فی المالیّات، وإلّا فلاـ یکـاد یظهروجه للتقییـد. (الخـوئی). * أی المحجـور علیه للتبـذیر، کمـا وقـع التعـبیر به فی عبـاره الشرائع(شرائع الإسلام: ۲/۵۰۳.) وغیرها.(اللنکرانی).

۳- ظاهره وجوب التعیین علی الولیّ، ولازمه صـیرورته مُفرِطاً مع عـدم التعیین إذازوّج بمهرٍ موجبٍ لإتلاف ما له، مع أنّه لم یدلّ علیه دلیل، بل اللازم علیه الإذن بمافیه المصلحه، وعدم إجازه ما وقع بغیرها. (اللنکرانی).

۴- لیس تعیین المرأه بید ولیّ السفیه. (الفانی). * علی إشکال. (المرعشی).

۵- الصبیّ غیر مسلوب العباره إذا أجراها بإذن ولیّه أو بالوکاله عن غیره. (زین الدین).

۶- تقدّم الکلام فی الصبیّ. (حسن القمّی).

۷- تقدّم أنّ الصبیّ الممیّز لا دلیل علی سلب عبارته. (محمّد الشیرازی).

الصیغه، ومباشرته لنفسه بعد إذن الولیّ.

الرشد فی شؤون المال وعدمه فی شؤون النکاح

(مسأله ۸) : إذا کـان الشـخص بالغـاً رشـیداً فی المالیّات لکـن لا ـ رشـد لـه بالنسـبه إلی أمر التزویـج وخصوصـیّاته ــ من تعیین الزوجه(۱) ، وکیفیّه الإمهـار ونحو ذلک ــ فالظاهر(۲) کونه کالسفیه(۳) فی المالیّات(۴) ، فی الحاجه إلی إذن الولیّ(۵) ، وإن لم أرَ مَن تعرّض له.

استقلال الأب والجد فی الولایه وما یتفرّع علیه

(مسأله ۹) : کلٌّ من الأب والجَدّ مستقلّ فی الولایه، فلا یلزم الاشتراک، ولا الاستئذان من الآخر، فأیّهما سبق مع مراعاه ما یجب مراعاته لم یبقَ محلّ للاخر.

ولو زوّج کـلّ منهمـا من شـخصٍ: فـإن عُلِم السـابق منهما فهو المقـدَّم ولغی الآخر، وإن عُلِم التقارن قُـدِّم عقـد الجَـدّ، وکـذا إن جهل(۶)

۱- مشکل. (الفانی).

۲- الظهور ممنوع لو لم یکن الظاهر خلافه، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولیّ.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- مشـکل، والأـحوط له الاستئـذان من الولیّ. (عبـدالله الشـیرازی). * لا ـ یبعـد فیمَن اتّصل زمان سـفهه بزمان صـغره دون غیره. (الخمینی). * علی الأحوط. (المرعشـی). * فیه إشـکال، بل تبعد صـحّه نکاحه. (محمّد الشیرازی). * فیما إذا اتّصل سَفَهُه بزمان صِغره. (اللنکرانی).

۴- مشکل، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولیّ. (البروجردی).

۵- الظـاهر عـدم الحـاجه إلی إذن الولیّ، إلّا إذا رجع إلی السَـفَه فی المال الخاصّ منالمهر والنفقات، والأحوط الاستئـذان. (زین الدین).

۶- یحتمـل قریباً کونه مورد القرعه. (عبـدالله الشـیرازی). * الأقوی فیه لزوم إجراء حکم العلم الإجمالیّ بکونها زوجهً لأحـدهما. (الخمینی). * ولاـحتمـال جریـان حکم المعلومه إجمالاًـ کونها زوجهً لأحـد الرجلَین وجه؛لمکان العلم الإجمالیّ بـذلک، وعـدم أصـالتَی التـأخّر أو تعارضـهما، فاللاـزم الاحتیـاط علیهما بعـدم المباشـره والنظر وسائر الآثار، وکـذا علیها بعـدم التمکین ونحوه، کلّذلک لمکان العلم الإجمالیّ، وعدم جریان أصالتَی التأخّر فی أطرافه، أو سقوطهابالتعارض. (المرعشی). * لا وجه للتقدیم فی هـذه الصوره، بـل اللاـزم إجراء حکـم العلم الإجمالیّ بکونهازوجهً لأحـد الرجلَین، کما فی سائر موارد وجود العلم الإجمالیّ فی البَین.(اللنکرانی).

التاریخان(۱) . وأمّا إن عُلِم تاریخ أحدهما دون الآخر: فإن کان المعلوم تاریخ

ص:۴۹۱

۱- الأقوی فیه إجراء حکم المرأه المعلوم إجمالاً کونها زوجهً لأحد رجلَین.(البروجردی). * لا وجه لتقدّم عقد الجَدّ فی هذه الصوره بعد احتمال سبق عقد الأب، وما ذکرهمن التعلیل علیل. (الشریعتمداری). * لابدّ من مراعاه العلم الإجمالیّ. (الفانی). * بل فیه یعلم إجمالاً بکون المرأه زوجهً لأحدهما، ولا معیّن فی البَین؛ لعدم جریان الأصلَین مع جهل التاریخَین، أو تعارضهما علی فرض الجریان علیاختلاف المبنی، فعلی المرأه الاحتیاط بترک التمکین لهما وترک التزویج إلّابعدطلاقهما، وکما یجب علیها الاحتیاط کذلک یجب علی الرجال الاحتیاط بترکتزویجها حتّی الرجلَین المشتبهَین. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فیه إشکال، ویجری علیه حکم العلم الإجمالیّ بصحّه أحد العقدَین. (السبزواری). * بناءً علی عدم جریان الأصل فی مجهولَی التاریخ، کما هوالمختار، وأمّا بناءً علی تساقط الأصلَین فیهما ــ کما هو القول الآخر ــ فلا مجال لتقدیم عقد الجَدّ، بل تکونالمرأه معلومهَ الزوجیّه لأحد الرجلَین علی نحو الإجمال، فیجری فیها ماتقدّم فیالمسأله الثالثه والأربعین من فصل «محرّمات المصاهره»، فی مسأله التزوّجبالاُختین إذا جهل تاریخ العقدَین، فلتراجع. (زین الدین).

عقـد الجَدّ قُدِّم أيضاً، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدّمه(۱) . لكنّ الأظهر(۲) تقديم عقد الجَدّ؛ لأنّ المستفاد(۳) من خبر عُبَيد بن زراره(۴) أولويّه

۱- بـل هو المتعيّن، ولا دلالـه في خبر عبيـدٍ على خلافه. (البروجردي). * بل هـذا هو المتعيّن. (عبـدالهادى الشيرازى). * هـذا الاحتمال متعيّن، ولا دلاله في الروايه على خلافه. (الشريعتمدارى). * بل هو المتعيّن، وما استظهره من خبر عبيد بن زراره يكون على خلاف ظاهره،فراجع. (الفانى). * ولا يخلو من قوّه، ولا ينافيه موثّقه عبيد؛ إذ المستفاد منها صحّه عقد الأب إنكان سبقه محرَزاً، فلا مَساسَ له بما نحن فيه. (المرعشى). * بل هو المتعيّن، والروايه تدلّ على صحّه عقد الأب مع سبقه في الواقع، من دون دخاله العنوان، ولا الإحراز. (محمّد رضا الگلپايگانى). * بـل هو المتعيّن، وموثّقه عبيـد بن زراره لا تـدلّ على خلافه. (زين الدين). * هذا الاحتمال غير بعيد. (محمّد الشيرازى).

۲- بل الأظهر تقدّمه، وما تشبّث به غير وجيه. (الخمينى).

۳- فيه نظر قد عرفت بُعيد هذا. (المرعشى).

۴- [۴] الوسائل: الباب (۹) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح۲.

الجَدّ ما لم یکن الأب زوّجها قبله. فشرط تقدیم(۱) عقد الأب کونه سابقاً(۲) ، وما لم یُعلَم ذلک یکون عقد الجَدّ أولی.

فتحصَّل: أنّ اللازم تقدیم عقد الجَدّ فی جمیع الصور، إلّا فی صوره معلومیّه سبق عقد الأب.

ولو تَشاحَّ الأب والجَدّ فاختار کلٌّ منهما واحداً قُدِّم اختیار الجَدّ. ولو بادر الأب فعقد فهل یکون باطلًا، أو یصحّ؟ وجهان(۳) ،بل قولان(۴) : من کونه سابقاً فیجب تقدیمه(۵) ، ومن أنّ لازم أولویّه اختیار الجَدّ(۶) عدم صحّه خلافه. والأحوط(۷)

۱- لیس فی الروایه تعرّض لتقدیم عقد الأب حتّی یکون سبقه شرطاً له، بل هیمَسُوقه لبیان تقدیم عقد الجَدّ مشروطاً بعدم کون الأب زوّجها قبله؛ وعلیه فالشرطإنّما هو لهذا التقدیم، ومع عدم الإحراز لا مجال له، فلا محیص إلّا عن تقدیم عقدالأب. (اللنکرانی).

۲- فی الواقع، ولا یکفی عدم العلم بذلک. (الکوه کَمَری).

۳- الأقوی الصحّه. (الفانی).

۴- أقواهما الأوّل، ودعوی أنّ لازم الأولویّه البطلان ممنوعه، والاحتیاط سبیلالنجاه. (صدرالدین الصدر). * أقواهما الأوّل. (عبدالهادی الشیرازی). * أقواهما الصحّه. (الروحانی).

۵- وهذا أظهر. (محمّد الشیرازی).

۶- لا یبعد أن یکون هذا هو الأظهر. (الخوئی).

۷- هذا الاحتیاط لا یُترک. (النائینی). * لا یُترک. (الإصفهانی، جمال الدین الگلپایگانی).

مراعاه(۱) الاحتیاط(۲) .

ولو تَشاحّ الجَدّ الأسفل والأعلی هل یجری علیهما حکم الأب والجَدّ، أوْ لا؟ وجهان، أوجههما(۳) الثانی(۴) ؛ لأنّهما لیسا أباً وجَدّاً، بل کلاهما جَدّ، فلا یشملهما ما دلّ علی تقدیم الجَدِّ علی الأب.

تزویج الولی للمولّی علیه من ذی العیب

(مسأله ۱۰) : لا یجوز(۵) للولیّ تزویج المولّی علیه بمَن به عَیب(۶) ، سواء کان من العیوب المجوِّزه للفسخ، أم لا؛ لأنّه خلاف المصلحه(۷) ، نعم، لو کان هناک مصلحه لازمه المراعاه جاز، وحینئذٍ لا خیار له ولا للمولّی علیه إن لم

۱- لا یُترک. (عبدالله الشیرازی).

۲- لا یُترک هذا الاحتیاط. (الإصطهباناتی). * هذا الاحتیاط لا یُترک. (البجنوردی). * لا یُترک الاحتیاط: إمّا باسترضاء الجَدّ وتجدید العقد، وإمّا بطلاق الزوج.(زین الدین).

۳- فی کونه وجیهاً إشکال، فکیف بکونه أوجه، وعموم حدیث ابن جعفر المعلَّل یشمل المقام؟! (تقی القمّی).

۴- بل الأوّل. (عبدالهادی الشیرازی، المرعشی، محمّد الشیرازی). * لا یبعد أوجهیّه الأوّل. (الخمینی). * بل الأوّل؛ لِما یُستفاد من وجه تقدّم الجَدّ من النصّ. (محمّد رضا الگلپایگانی). * الأوجهیّه ممنوعه، بل لا یبعد دعوی أوجهیّه الأوّل. (اللنکرانی).

۵- إطلاق الحکم مبنیّ علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۶- موجب للضرر عرفاً، لا مطلقَ العیب، کنقص بعض الأصابع مثلاً أو زیادته، فإنّهلا یمنع من الصحّه. (اللنکرانی).

۷- بل لأنّ فیه المفسده. (الفانی).

یکن من العیوب المجوِّزه للفسخ، وإن کان منها ففی ثبوت الخیار للمولّی علیه بعد بلوغه، أو إفاقته، وعدمه؛ لأنّ المفروض إقدام الولیّ مع علمه به وجهان(۱) ، أوجههما الأوّل(۲) ؛ لإطلاق أدلّه(۳) تلک العیوب، وقصوره بمنزله جهله.

وعلم الولیّ ولحاظه المصلحه لا یوجب سقوط الخیار للمولّی علیه، وغایه ما تفید المصلحه إنّما هو صحّه العقد، فتبقی أدلّه الخیار بحالها.

ص:۴۹۵

۱- لا یبعد أوجهیّه العدم إذا أعمل الولیّ جهده فی إحراز المصلحه، وکشف عدمالمصلحه لا تأثیر له. (الخمینی).

۲- بل الثانی، فیسقط ما فرّع علیه. (الفیروزآبادی). * بل الثانی، مع فرض المصلحه، وعلم الولیّ بالعَیب. (صدرالدین الصدر). * بل الثانی، والاحتیاط لا ینبغی ترکه. (عبدالهادی الشیرازی). * بل الأوجه الثانی. (الشریعتمداری). * بل الثانی، ولیس قصوره بمنزله جهله. (الفانی). * والثانی لا یخلو من قوّهٍ فی صوره وجود المصلحه وعلم الولیّ. (المرعشی). * یشکل ذلک إن لم یکن الأوجه الثانی؛ فإنّه لا یبعد خروج صوره علم الولیّ بالعَیب وإقدامه علیه؛ لاقتضاء المصلحه عن منصرف أدلّه الخیار، ولکن لا یُترک الاحتیاط. (زین الدین). * بل الثانی. (تقی القمّی).

۳- مقتضی الإطلاق ثبوت الخیار فی حال القصور أیضاً، ولا دلاله فیه علی الحدوثبعد البلوغ أو الإفاقه، کما هو ظاهر المتن؛ وعلیه فاحتمال ثبوته للولیّ أیضاً إنّمایکون مورده تلک الحال. وبالجمله: الحکم بالحدوث بعد ارتفاع القصور لا یکادیجتمع مع احتمال الثبوت للولیّ أیضاً. (اللنکرانی).

ثبوت الخيار مع الجهل بالعيب المجوّز للفسخ

بل ربّما يحتمل(١) ثبوت الخيـار للولیّ أيضـاً من بـاب استيفاء ما للمولّى عليه من الحقّ، وهل له إسـقاطه، أم لا؟ مشـكل، إلّا أن يكون هناك مصلحه ملزمه لذلک.

وأمّا إذا كان الولیّ جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد: فإن كان من العيوب المجوِّزه للفسخ فلا إشـكال فی ثبوت الخيار(٢) له(٣) وللمولّى عليه(۴) إن لم يفسخ(۵) ، وللمولّى عليه فقط إذا لم يعلم به الولیّ إلى أن بلغ أو أفاق.

وإن كان من العيوب الاُخر فلا خيار للولیّ، وفی ثبوته للمولّى عليه وعدمه وجهان(۶) ، أوجههما . . . .

ص:۴۹۶

١- بناءً على ثبوت الحقّ للمولّى عليه. (المرعشـی). * لو كان الخيار للمولّى عليه بعـد البلوغ أو الإفاقه، كما هو ظاهر المتن، فقبله لاـحقّ حتّى يستوفِيهِ الـولیّ، نعم، لـو كـان للمـولّى عليه حقّ فعلاًـ فللـولیّ الخيـار نيـابةً،وهـو غير بعيـد، كمـا نفی عنه البعـد فی الجواهر(جواهر الكلام: ٢٩/٢١٣.). (محمّد رضا الگلپايگانی).

٢- عن قِبل المولّى عليه. (المرعشی).

٣- نيـابةً، وأمّـا أصالةً فلا وجه له. (محمّـد رضا الگلپايگانی). * بالنيابه عن المولّى عليه أخـذاً له بحقّه، ولا خيار للولیّ بالإصاله، ولا ينبغی تركالاحتياط. (زين الدين).

۴- لا خيار له، بل هو للمولّى عليه خاصّه. (الروحانی).

۵- إلّا أن يكون الصلاح بنظره قرار العقد وثبوته وبقاؤه. (الفيروزآبادی).

۶- إذا كان العَيب كاشـفاً عن وجود المفسـده فی التزويـج كان العقد باطلًا، ولا يصحّ إلّا بالإجازه بعد البلوغ فی الصبیّ، والإفاقه فی المجنون، وإذا لم يوجِب المفسده كان العقد صحيحاً، ولا خيار للولیّ ولا للمولّى عليه. (زين الدين).

ذلک(۱) ؛ لأنّه یکشف عن عدم . . . .

ص:۴۹۷

۱- بل أوجههُما العدم، وماذکره من التعلیل علیل، سیّما دعوی کون العقد فضولیّاً.(صدرالدین الصدر). * بل أوجههما العدم، مع فرض وقوع العقد صحیحاً. (البروجردی). * بل الأوجه العدم، بعد فرض کون العقد صحیحاً. (عبدالهادی الشیرازی). * فیه إشکال، بل منع؛ فإنّ تزویج الأب إن کان نافذاً فی حقّه علی أساس أنّالمعتبر فی ولایته علیه عدم المفسده فلا یکون عدم المصلحه مانعاً عن نفوذ تصرّفهفی حقّه، کما مرّ سابقاً؛ وعلیه فلا خیار له، وإن لم یکن نافذاً فالعقد فضولیّ، تتوقّف صحّته علی إجازه المولّی علیه بعد البلوغ(وله قدّس سرّه حاشیه ثانیه قصیره أوردناها من نسخهٍ اُخری، وهی هکذا: «فیه إشکال، بل منع».). (الخوئی). * بل الأوجه عدم الخیار مع فرض المصلحه، وأمّا مع عدمها فالعقد فضولیّ موقوف علی إجازه المولّی علیه بعد البلوغ أو الإفاقه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * الظاهر أنّه لا وجه له، والوجه الّذی ذکره وجه لکونه فضولیّاً یحتاج إلی الإجازه،فلا یُترک مقتضی الاحتیاط. (حسن القمّی). * بعد فرض کون العقد صحیحاً الأوجه العدم. (الروحانی). * بل الأوجه الثانی؛ لأنّه بعد ما کان المفروض وجود المصلحه فی النکاح حاله بحسب نظر الولیّ لا وجه للخیار مع عدم کون العیب من العیوب المجوِّزه للفسخ،وانکشاف عدم المصلحه لا یؤثّر فی ما وقع صحیحاً. ودعوی الفضولیّه فی هذاالفرض ممنوعه جدّاً. (اللنکرانی).

المصلحه(۱) فی ذلک التزویج، بل یمکن(۲) أن یقال: إنّ العقد فضولیّ(۳) حینئذٍ، لا أنّه صحیح وله الخیار.

تزویج مملوک المملوک

(مسأله ۱۱) : مملوک(۴) المملوک کالمملوک فی کون أمر تزویجه بید المولی(۵) .

الولایه للوصیّ فی تزویج المجنون والصغیر

(مسأله ۱۲) : للوصیّ(۶) أنّ یزوّج(۷) . . . .

۱- یکفی عدم المفسده، فلو لم یکن فی العقد المذکور مفسده لم یکن للمولّی علیه الخیار. (الفانی).

۲- بل لا محیص عنه، کما هو ظاهر. (آقا ضیاء). * فیه إشکال(أوردنا هذه التعلیقه له قدّس سرّه من نسخهٍ اُخری، غیر ما بأیدینا.). (الخوئی). * هذا متعیّن؛ فإنّ الأمر دائر بین الفساد والصحّه مع عدم الخیار. (تقی القمّی).

۳- ولکنّه ضعیف. (الروحانی).

۴- الفرع المذکور وأمثاله لا تکون محلّ الابتلاء فی زماننا. (تقی القمّی).

۵- الأحوط اعتبار رضا مالک المملوک أیضاً. (صدرالدین الصدر). * الأحوط رعایه رضا مالک المملوک أیضاً. (المرعشی).

۶- فی مورد ثبوت الولایه للموصِی، کالمتّصل جنونه بصِغَره، والأحوط الّذی لایُترک ضمّ إذن الحاکم، وأمّا المجنون الّذی عرض جنونه بعد البلوغ فالأقرب أنّأمره إلی الحاکم حتّی مع وجود الأب والجِدّ، وإن کان الاحتیاط حسن، وأمّا أمرالصغیر مشکل، فلا یُترک الاحتیاط فیه. (الخمینی).

۷- لا یُترک الاحتیاط بالاستئذان من الحاکم الشرعیّ أیضاً حتّی فی الصغیر، کما أنّالأحوط له الاستئذان من الوصیّ لو کان، ثمّ إنّ ما ذکره قدّس سرّه فی الجنون المتّصل بالصغر، وأمّا المنفصل فلا ولایه للوصِیّ علیه، وتختصّ بالحاکم الشرعیّ. (السبزواری).

المجنون(۱) . . . .

ص:۴۹۹

۱- مع اتّصال جنونه بصِغَره، كما تقدّم. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * بإذن الحاكم على الأحوط. (الإصطهباناتى). * الأحوط انضمام إذن الحاكم فى المجنون المحتاج إلى التزويج، والاقتصار عليهدون الصغير. (البروجردى). * ولكن بشرط اتّصاله بصِغَره، وأمّا فى ما عداه وفى الصغير إن لم ينصَّ الموصِيفلا يُترك الاحتياط. (البجنوردى). * فى صوره اتّصال جنونه بصِغَره، وأمّا المنفصل فالأقوى اعتبار إذن الحاكم.(المرعشى). * هذا فى الجنون المتّصل بالصِغَر، وأمّا فى غيره فالاحتياط بالاستجازه من الحاكملا يُترك(أوردنا هذه التعليقه له ؛ من نسخهٍ اُخرى غير ما بأيدينا.). (الخوئى). * المتّصل جنونه بصغره، وفى المنفصل فالأقوى أنّ الولايه للحاكم، كما مرّ، نعم،الأحوط الاستئذان من الوصىّ أيضاً. (محمّد رضا الگلپايگانى). * الّذى اتّصل جنونه بصغره بشرط نصّ الموصِى، كما فى الصغير، أمّا المنفصل فالأحوط الاستئذان منه ومن الحاكم الشرعىّ إذا اقتضت الضروره تزويجه.(زين الدين). * فيه وفى الصغير لا يُترك الاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم الشرعىّ، سواءنصّ الموصِى أم لم ينصَّ، ومع ذلك لا يُترك الاحتياط أيضاً بالاقتصار على مورد الحاجه والضروره الملزمه. (حسن القمّى). * لا ولايه للوصِىّ على تزويج المجنون. (الروحانى). * إذا كان جنونه متّصلاً بالصِغَر؛ لأنّه المسلَّم من مورد ثبوت الولايه للموصِى، وأمّامع الانفصال فالأحوط الاستئذان من الحاكم، كما فى الموصِى. (اللنكرانى).

المحتاج(۱) إلى الزواج، بل الصغير(۲) أيضاً(۳) ، لكن بشرط نصّ المُوصِى(۴) عليه(۵) ، سواء عيّن الزوجه أو الزوج أو أطلق.

۱- هذا فى الجنون المتّصل بالصِغَر، وأمّا فى غيره فالأحوط الاستجازه من الحاكمأيضاً. (عبدالله الشيرازى).

۲- لا يخلو من الإشكال. (النائينى). * ثبوت الولايه للوصِىّ على الصغير محلّ إشكال، وعلى تقديرها لا فرق بين تصريح الموصِى وبين إطلاقه، والاحتياط فى كلتا الصورتَين لا يُترك. (اللنكرانى).

۳- لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الگلپايگانى). * المسأله فى غايه الإشكال، فلا يُترك الاحتياط. (الإصفهانى). * فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط، بل ينبغى مراعاته فى المجنون أيضاً.(الكوه كَمَرى). * المسأله مشكله جدّاً، فلا يُترك الاحتياط. (الإصطهباناتى). * الأحوط فيه عدم التزويج، إلّا مع اقتضاء الضروره اللازمه. (محمّد رضاالگلپايگانى). * لا ولايه له على تزويجه. (الروحانى).

۴- فى الصِغَر إذا لم ينصَّ، فالاحتياط الاستجازه من الحاكم فى صوره اللزوم.(عبدالله الشيرازى). * لا يشترط، ويكفى عموم الوصيّه لمثل الزواج. (محمّد الشيرازى).

۵- إذا لم ينصَّ الموصِى على الزواج، ولكن كان للوصِىّ التصرّف فى مال الصغيربالبيع والشراء، فالاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم لا يُترك. (الخوئى).

ولا فرق بين أن يكون وصيّاً من قبل الأب أو من قبل الجَدّ، لكن بشرط(۱) عدم وجود الآخر(۲) ، وإلّا فالأمر إليه(۳) .

ولايه الحاكم الشرعی

(مسأله ۱۳) : للحاكم الشرعیّ(۴) تزويج مَن لا ولیّ له _ من الأب والجَدّ والوصیّ _ بشرط الحاجه(۵) إليه، أو قضاء المصلحه اللازمه المراعاه.

الاستئذان من الأب والجد والأخ

(مسأله ۱۴) : يُستحبّ(۶) للمرأهِ المالكهِ أمرَها أن تستأذن أباها أو جَدّها، وإن لم يكونا فتُوكِّل أخاها، وإن تعدّد اختارت الأكبر.

كفايه سكوت البكر فی إحراز إذنها

(مسأله ۱۵) : ورد فی الأخبار(۷): أنّ إذن البِكر سكوتها عند العَرضِ عليها.

۱- فی تقديم الأب على وصِیّ الجَدّ تأمّل؛ لأنّه ينوب مَناب الجَدّ. (آقا ضياء). * هذا الاشتراط مبنیّ على الاحتياط؛ إذ لا دليل على الطوليّه. (تقی القمّی).

۲- أی الأب والجَدّ. (الفيروزآبادی). * فيه تأمّل. (محمّد الشيرازی).

۳- فيه تأمّل، ولا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

۴- من باب الحِسبه. (المرعشی). * الأحوط لغير الأب والجَدّ من الأولياء عدم تزويج الصغير، إلّا مع الضرورهاللازمه المراعاه. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۵- على وجهٍ يدخل فی الحِسبيّات، وإلّا ففيه إشكال. (آقا ضياء). * بشرط كونه من الحِسبيّات. (عبدالله الشيرازی).

۶- على الأحوط. (المرعشی). * لم نجد دليلًا عليه. (تقی القمّی).

۷- [۷] الوسائل: الباب (۵) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ۱، ۲، ۳.

وأفتى به العلماء(۱)، لكنّها محموله(۲) على ما إذا ظهر رضاها، وكان سكوتها لحيائها عن النُطق بذلك.

عامّه شرائط الأولياء

(مسأله ۱۶) : يشترط فى ولايه الأولياء المذكورِين: البلوغ والعقل والحرّيّه(۳) ، والإسلام(۴) إذا كان المولّى عليه مسلماً، فلا ولايه للصغير والصغيره على مملوكهما من عبدٍ أو أمه، بل الولايه حينئذٍ لوليّهما، وكذا مع فساد عقلهما(۵) بجنونٍ أو إغماءٍ(۶) أو نحوه.

۱- [۱] السرائر: ۲/۵۶۹، مختلف الشيعه ۷/۱۱۳، مسالك الأفهام: ۷/۱۶۴.

۲- وهو المتعيَّن. (المرعشى). * لا وجه للحمل المذكور؛ فإنّ المستفاد من النصوص كفايه سكوتها. نعم، إذا عُلِم عدم كونها راضيةً تشكل الكفايه؛ فإنّ اعتبار الأماره يختصّ بصوره الشكّوالاطمئنان، مثل العلم والبيّنه مثلهما. (تقى القمّى).

۳- هذا الفرع لا يكون مورد الابتلاء فى زماننا. (تقى القمّى).

۴- بل والعداله على الأحوط فى غير الأب والجَدّ. (زين الدين). * على الأحوط. (تقى القمّى).

۵- هذه الجمله وليده طغيان القلم، والصحيح هكذا: وكذا مع فساد عقل المالِكَين الكبيرَين؛ إذ السبب فى حَجر الصغيرَين هو الصِغَر، كانا فاسِدَيِ العقل أم لا.(المرعشى). * أي وإن لم يكونا صغيرَين. (اللنكرانى).

۶- الإغماء ونحوه لا يوجب سقوط الولايه، نعم، إذا طال وكان التزويج ضروريّاًبحيث دخل فى الاُمور الحِسبيّه يتصدّى الحاكم للإذن نيابةً عن الوليّ. (تقى القمّى).

وكذا لا ولايه للأب والجَدّ مع جنونهما ونحوه(١) ، وإن جُنَّ أحدهما دون الآخر فالولايه للاخر.

وكذا لا ولايه(٢) للمملوك ولو مُبَعَّضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً، بل الولايه فى الأوّل للحاكم، وفى الثانى لمولاه.

وكذا لا ولايه للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجَدّ إذا كان مسلماً، وللحاكم إذا كان كافراً(٣) أيضاً. والأقوى(۴) ثبوت ولايته على ولده(۵) الكافر(۶) .

ولاـ يصحّ تزويج الوليّ فى حال إحرامه أو المولّى عليه، سواء كان بمباشرته أم بالتوكيل، نعم، لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوقِعَ

ص:۵۰۳

١- إذا كان المراد من نحو الجنون الإغماء ظهر الإشكال فيه ممّا تقدّم آنفاً. (تقيالقمّى).

٢- على الأحوط؛ إذ لا دليل على المُدَّعَى، وقاعده الإلزام غير تامّهٍ عندنا. (تقيالقمّى).

٣- أى الجَدّ. (الفيروزآبادى).

۴- إذا لم يكن له جَدّ، أو كان ولم يكن مسلماً، وإلّا فدعوى اختصاصها به غير بعيده.(اللنكرانى).

۵- بل الظاهر أنّه يُعامَل فى باب ولايته حسب عقيدته. (محمّد الشيرازى).

۶- فيه تأمّل. (صدرالدين الصدر). * إذا لم يكن له جَدّ مسلم، وإلّا فلا يبعد ثبوت الولايه له دون الأب الكافر.(الخمينى). * وذلك حيث لاـ يكون له فى العمود الأعلى من طَرف الأب جَدّ مسلم، وإلّا فالولايه له على الأحوط، بل على الأقوى. (المرعشى).

العقدَ بعد الإحلال.

تعدّی الوکیل عمّا عیّنه الموکّل

(مسأله ۱۷) : یجب علی الوکیل فی التزویج أن لا یتعدّی عمّا عیّنه الموکِّل من حیث الشخص والمهر وسائر الخصوصیّات، وإلّا کان فضولیّاً موقوفاً علی الإجازه، ومع الإطلاق وعدم التعیین یجب(۱) مراعاه مصلحه الموکِّل(۲) من سائر الجهات، ومع التعدّی یصیر فضولیّاً.

تزویج وکیل المرأه من نفسه

ولو وکَّلَت المرأه رجلاً ـ فی تزویجها لا یجوز له أن یزوّجها من نفسه؛ للانصراف عنه، نعم، لو کان التوکیل علی وجهٍ یشمل(۳) نفسه أیضاً بالعموم أو الإطلاق(۴) جاز، ومع التصریح(۵) فأولی بالجواز. ولکن ربّما یقال بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم. بل قد یقال بعدمه(۶) حتّی مع التصریح بتزویجها من

۱- لا وجه للوجوب مع الإطلاق إلّا مع الانصراف إلی صورهٍ خاصّه. (تقی القمّی).
۲- بحسب المتعارف. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل عدم المفسده علی الموکِّل الشامل لِما لا ـ مصلحه ولا مفسده فیه. (محمّدالشیرازی).
۳- وکان هناک مانع عن الانصراف المذکور. (المرعشی).
۴- لا یُترک الاحتیاط. (الفیروزآبادی). * أی من دون انصراف. (اللنکرانی).
۵- الأحوط الاقتصار فی التزویج من نفسه بصوره التصریح، أو ما فی قوّته.(النائینی).
۶- لاـ تبعد صحّه هذا القول، ورعایه الاحتیاط أولی(هذه التعلیقه منه قدّس سرّه أضفناها من نسخهٍ اُخری غیر ما بأیدینا.). (الخوئی). * لا تبعد صحّه هذا القول، ولا موجب لحمل موثّقه عمّار علی الکراهه وغیرها.(زین الدین).

نفسه، لروایه(۱) عمّار(۲) المحموله علی الکراهه(۳) ، أو غیرها من المحامل(۴) .

النکاح الفضولی حکماً ومعنیً ولزوم الإجازه وفروع فی المقام

(مسأله ۱۸) : الأقوی صحّه النکاح الواقع فضولاً مع الإجازه،سواء کان فضولیّاً من أحد الطرفَین أم کلیهما، کان المعقود له صغیراً أو کبیراً، حرّاً أو عبداً.

والمراد بالفضولیّ: العقد الصادر(۵) من غیر الولیّ(۶) والوکیل، سواء کان قریباً _ کالأخ والعمّ والخال وغیرهم _ أم أجنبیّاً، وکذا الصادر(۷) من العبد أو

ص:۵۰۵

۱- [۱] الوسائل: الباب (۱۰) من أبواب عقد النکاح وأولیاء العقد، ح۴.

۲- الروایه ظاهره فی عدم جواز تولّی الإیجاب والقبول بنفسه، ولا ربط لها بماأفاده، فلا وجه للکراهه أیضاً؛ وعلیه فله أن یوکِّل عنها مَن یتولّی الإیجاب عنها،ولا بأس له أن یوکِّلها فتتولّی الإیجاب منها والقبول عنه. (الروحانی).

۳- لا۔ وجه لحملها علی الکراهه مع وضوح الدلاله وکونها من الموثّق، فالاحتیاط لایُترک. (حسن القمّی). * وجه للکراهه فی الأحکام الوضعیّه. (تقی القمّی).

۴- کدلالتها علی عدم کفایه الإشهاد ونحوه. (المرعشی).

۵- فی العباره مسامحه واضحه، من حیث الشمول بظاهرها للعقد الصادر منالزوجَین؛ لأنّهما غیر الولیّ والوکیل، ومن حیث کون الفضولیّ وصفاً للعاقد، لاللعقد. (اللنکرانی).

۶- بل کلّ مَن لیس بیده زمام العقد. (المرعشی).

۷- وکذا ما إذا لم یصدر العقد منهما، بل وکّلَا الغیر فی العقد لنفسهما. (اللنکرانی).

الأمه لنفسه بغير إذن الوليّ، ومنه العقد الصادر من الوليّ أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكِّل، كما إذا أوقع الوليّ العقد على خلاف المصلحه(۱) ، أو تعدّى الوكيل عمّا عيّنه الموكِّل.

ولا يعتبر فی الإجازه الفوريّه، سواء كان التأخير من جهه الجهل بوقوع العقد أم مع العلم به وإراده التروّی، أو عدمها أيضاً.

نعم، لا تصحّ(۲) الإجازه(۳) بعد الردّ(۴) ، كما لا يجوز الردّ بعد الإجازه، فمعها يلزم العقد.

(مسأله ۱۹) : لا يشترط فی الإجازه لفظ خاصّ، بل تقع بكلّ ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل(۵) الدالّ عليه.

۱- بل إذا كانت فيه المفسده. (الفانی). * فی ما اعتبر فيه المصلحه. (اللنكرانی).
۲- لا دليل على اشتراط الإجازه بعدم الردّ قبلها. (تقی القمّی).
۳- مشكل، ولا يُترك الاحتياط. (محمّد الشيرازی).
۴- فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها(هذه تعليقه ثانيه له قدّس سرّه أوردناها من نسخه اُخرى غير ما بأيدينا، وهی هكذا: «على إشكال،والأحوط رعايه الاحتياط».). (الخوئی). * على الأحوط، إن لم يكن الأقوى. (زين الدين). * على ما ادّعی الإجماع عليه، ولم يثبت، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمّی). * الأظهر الصحّه. (الروحانی).
۵- فی وقوعها بدون الإنشاء اللفظی إشكال. (عبدالله الشيرازی).

(مسأله ۲۰) : يشترط(۱) فی المُجِيز علمه(۲) بـأنّ له أن لا يلتزم بـذلك العقـد، فلو اعتقـد لزوم العقـد عليه فرضِیَ به(۳) لم يكفِ(۴) فی الإجازه(۵) ، نعم، لو اعتقـد لزوم الإجازه عليه بعـد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز: فإن كان على وجه التقييد(۶) لم يكفِ، وإن كان على وجه الداعی يكون كافياً.

۱- لا دليل على الاشتراط المذكور. (تقی القمّی).

۲- العِبره فی صحّه العقد إضافته إليه بإجازته ورضاه بذلك العقد حقيقهً، ولا يعتبر فيذلك علمه بأنّ له ذلك. (الخوئی).

۳- أی مجرّد الرضا باعتقاد كونه لازماً عليه، وأمّا لو أظهر الرضا بالعقد قولاً أو فعلاًفلا يبعد كفايته. (الخمينی).

۴- لاحتمال الكفايه فی صوره إظهاره بأحد الكاشِفَين: القول أو الفعل وجه.(المرعشی).

۵- إن كـان رضـاه به بمعنى إراده ترتيب الأـثر عليه فقط، وأمّا إن رضـی بمفاده وبنيعليه فلا يبعـد كفايته، ولا يضـرّ اعتقاده لزوم العقـد. (البروجردی). * لاـ يبعـد كفـايه الرضا الحقيقیّ ولو لاعتقاد لزوم العقـد، نعم، لا يكفی التسـليم الخالی عن الرضا باعتقاد ذلـك. (محمّـد رضـا الگلپايگـانی). * إذا كـان تسـليماً مجرّداً عن الرضـا البـاطنیّ، وأمّـا الرضا الباطنیّ له [إذا] (أضـفناه لاقتضاء السياق.) حصلكفی. (محمّد الشيرازی). * إن كان رضاه بمعنى إراده ترتيب الأثر عليه. (الروحانی).

۶- إن أجـاز العقـد الخـارجیّ وقيّـده بـذلك على وجه التوصـيف بأن قال: «أجَزتُ هذاالعقـد الّـذی يجب عَلَیَّ إجازته» فلا يبعد كفايته، نعم، لو رجع التقييد إلى الاشتراط لايكفی. (الخمينی).

(مسأله ۲۱) : الإجازه کاشفه(۱) عن صحّه العقد(۲) من حین وقوعه، فیجب ترتیب الآثار(۳) من حینه.

(مسأله ۲۲) : الرضا الباطنیّ التقدیریّ لا یکفی(۴) فی الخروج عن الفضولیّه، فلو لم یکن ملتفتاً حال العقد إلّا أنّه کان بحیث لو کان حاضراً وملتفتاً کان راضیاً لا یلزم العقد علیه بدون الإجازه، بل لو کان حاضراً حال العقد وراضیاً به إلّا أنّه لم یصدر منه قول ولا فعل(۵) یدلّ(۶) علی رضاه(۷) فالظاهر أنّه من الفضولیّ(۸) ، فله أن لا یجیز.

۱- المسأله مشکله لابدّ فیها من الاحتیاط. (الخمینی). * کشفاً انقلابیّاً. (زین الدین). * علی إشکالٍ فی أصل الکشف، وکذا فی نوعه من جهه کونه حقیقیّاً أو حکمیّاً.(اللنکرانی).

۲- حکماً لا حقیقهً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- فی زمان الإجازه من زمان العقد، لا ـ فی زمانه، حتّی مع العلم بمجیء الإجازه.(آقا ضیاء). * فی زمان الإجازه. (عبدالله الشیرازی). * الإجازه ناقله بالنسبه إلی الأحکام التکلیفیّه. (الفانی).

۴- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۵- ولم یکن سکوته کاشفاً عرفاً عن الرضا. (المرعشی).

۶- ولا قرائن قامت علی أنّ سکوته إجازه. (الخمینی).

۷- إن لم یکن حضوره وسکوته عن الاعتراض إجازهً له عرفاً. (البروجردی).

۸- فیه إشکال، فلا یُترک الاحتیاط. (عبدالهادی الشیرازی). * بشرط أن لا یُعدَّ سکوته إجازه. (محمّد رضا الگلپایگانی). * بل الظاهر اختلافه باختلاف الموارد، فقد یکون منه، وقد لا یکون. (السبزواری). * بل الظاهر عدم کونه منه. (الروحانی). * إلّا أن یکون سکوته قرینهً عرفیّهً فعلیّهً علی الرضا، فإنّه حینئذٍ یُعدّ إجازه.(اللنکرانی).

(مسأله ۲۳) : إذا كان كارهاً حال العقـد إلّا أنّه لم يصدر منه ردّ(۱) له فالظاهر صـحّته بالإجازه، نعم، لو استُوذِن فنهى ولم يأذن، ومع ذلك أوقع الفضوليّ العقد يشكل صحّته(۲) بالإجازه(۳) لأنّه بمنزله(۴) الردّ(۵) بعده(۶) .

ويحتمل(۷) صحّته(۸) بدعوى الفرق بينه وبين الردّ بعد العقد، فليس بأدون من

ص:۵۰۹

۱- تقدّم أنّ الردّ لا أثر له. (الخوئی). * تقدّم أنّ الردّ لا يُفسد الإجازه المتأخّره. (تقی القمّی).

۲- لا يُترك الاحتياط وكذا فی المُكرَه. (الفيروزآبادی). * لا إشكال فی صحّته بالإجازه. (الفانی).

۳- صحّته بالإجازه لا تخلو من قوّه. (عبدالهادی الشيرازی). * الأظهر صحّته بالإجازه. (الشريعتمداری).

۴- كونه بمنزله الردّ ممنوع، كما تقدّم. (جمال الدين الگلپايگانی).

۵- كونه بمنزله الردّ ممنوع، كما تقدّم. (النائينی).

۶- الفرق بين عدم الإذن قبل العقد والردّ بعده ظاهر، فاحتمال الصـحّه غير بعيد.(البجنوردی). * كونه بمنزله الردّ ممنوع، كما أنّ الإشكال فی صحّه عقد المُكرَه بعد لحوق الرضا ضعيف غايته. (حسن القمّی).

۷- هذا الاحتمال قویّ. (محمّد رضا الگلپايگانی).

۸- هـذا الاحتمـال بعيـد جـدّاً، بل الظاهر كونه بمنزله الردّ، ودعوى الفرق بينه وبينه ممنوعه، كـدعوى عـدم كونه أدون من عقد المُكرَه إذا لحقه الرضا؛ لوضوح التفاوتبينهما. (الإصـفهانی، عبـدالله الشـيرازی). * وهو الأرجح. (الكوه كَمَری). * هذا الاحتمال بعيـد مع سـبقه بالنهی، وقريب مع عدم الإذن والسـكوت. (الخمينی). * هذا الاحتمال هو الأظهر، حتّی علی القول بكون الردّ بعد العقـد مانعـاً عنالإجـازه. (الخوئی). * وهو الظـاهر، وكونه بمنزله الردّ ممنوع. (زين الـدين). * وهو الأقرب، والإشـكال ضـعيف. (محمّـد الشـيرازی). * وهی الأقرب. (تقی القمّی). * الأقوی الصـحّه، وكـذا فی صوره الإجازه بعد الردّ، كما مرّ. (الروحانی). * علی قوّه، إلّا أن يكون النهی السابق دليلاً عرفيّاً علی الردّ بعـد العقـد، فإنّ الاحتمال حينئـذٍ فی غايه الضـعف، لكنّ الدلاله العرفيّه ممنوعه. (اللنكرانی).

عقد المُكرَه الّذی نقول بصحّته إذا لحقه الرضا، وإن کان لا یخلو ذلک أیضاً من إشکال(۱) .

(مسأله ۲۴) : لا ـ یشترط فی الفضولیّ قصد الفضولیّه، ولا ـ الالتفات إلی ذلک، فلو تخیّل کونه ولیّاً أو وکیلاً وأوقع العقد فتبیّن خلافه یکون من الفضولیّ، ویصحّ بالإجازه.

(مسأله ۲۵) : لو قال فی مقام إجراء الصیغه: «زوّجت موکّلتی فلانه» مثلاً

ص:۵۱۰

۱- لا إشکال فی صحّتها إن شاء الله تعالی. (آقا ضیاء). * والأقوی الصحّه. (صدرالدین الصدر). *، نعم، هو مشکل، واللازم تجدید العقد. (کاشف الغطاء). * ضعیف. (السبزواری).

مع أنّه لم يكن وكيلاً ـ عنها فهل يصحّ وتُقبل الإجازه، أوْ لا؟ الظاهر الصحّه، نعم، لو لم يذكر لفظ «فلانه» ونحوه، كأن يقول: «زوّجت موكّلتى»، وكان من قصده امرأةً معيّنةً مع عدم كونه وكيلًا عنها يشكل(۱) صحّته(۲) بالإجازه(۳) .

(مسأله ۲۶) : لو أوقع الفضوليّ العقد على مهرٍ معيّنٍ هل يجوز إجازه العقد دون المهر، أو بتعيين(۴) المهر على وجهٍ آخر من حيث الجنس أو من حيث

ص:۵۱۱

۱- الظاهر أنّه لا وجه معتبر للإشكال. (تقى القمّى).

۲- مع جعل هذا العنوان مرآةً إلى ذاتها لا إشكال فى الصحّه، كما أنّه مع جعله عنواناًللمعقود عليه الأقوى بطلانه، إلّا مع تشريعه فى تطبيقه عليه فإنّه حينئذٍ يمكنالمصير إلى تصحيح إجازته. (آقا ضياء). * مع جعل هذا العنوان مرآةً إلى ذيها لا إشكال فى الصحّه. (عبدالله الشيرازى). * لم يظهر وجه الإشكال؛ لأنّ معنى عقد الفضوليّ إجراؤه على مَن لم يأذن.(الفانى). * لا إشكال فيها إذا كانت المرأه معيّنةً بالقرينه. (الخوئى). * إذا لم تُعَيَّن المرأه فى العقد ولو بالقرائن، أمّا إذا كانت معيّنةً ولو بالقرائن فالظاهرصحّه العقد إذا لحقته الإجازه. (زين الدين). * لا تبعد صحّته بالإجازه. (محمّد الشيرازى). * لا إشكال فيها مع تعيّن المرأه بالقرينه. (الروحانى). * وإن كان الأقرب بعد كون المرأه معيّنةً هى الصحّه. (اللنكرانى).

۳- الأقوى صحّته بالإجازه. (عبدالهادى الشيرازى). * صحّته بالإجازه هى الأقوى. (الشريعتمدارى).

۴- [۴] كذا فى الأصل أيضاً، والظاهر (تعيين).

القلّه والكثره؟ فيه إشكال(۱) ، بل الأظهر عدم الصحّه(۲) فى الصوره(۳) الثانيه(۴) ، وهى ما إذا عيّن المهر على وجهٍ آخر.

كما أنّه لا تصحّ الإجازه مع شرطٍ لم يُذكَر فى العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط(۵) .

(مسأله ۲۷) : إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّه فتبيّن كونه وكيلاً فالظاهر صحّته(۶) ، ولزومه إذا كان ناسياً؛ لكونه وكيلًا، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكالٍ(۷)

۱- الإشكال ضعيف، والفرق بين الصورتَين غير ظاهر، وكذا الكلام فى زياده أونقيصه الشرط. (محمّد الشيرازى).
۲- فيه إشكال. (المرعشى). * الظاهر أنّ جميع الصور الأربع المذكوره فى هذه المسأله متّحده فى الحكم، فلايناسب الإشكال فى بعضها والجزم بالبطلان فى بعضها الآخر. (السبزوارى).
۳- وكذلك الأُولى. (جمال الدين الگلپايگانى).
۴- وكذا الأُولى. (النائينى، الخمينى، الروحانى). * بل فى الصوره الأُولى أيضاً. (الخوئى). * الأظهر عدم الصحّه فى جميع الفروض. (زين الدين). * وفى الصوره الأُولى. (تقى القمّى). * لا فرق بين الصورتَين على الظاهر. (محمّد رضا الگلپايگانى).
۵- الأظهر صحّتها فى الموردَين، نعم، فى الأوّل لا يجب الوفاء بالشرط، وفى الثانى الخيار للطرف. (الروحانى).
۶- بشرط عدم اشتراط صحّه الوكاله بالعلم بها. (المرعشى).
۷- غير معتبر. (الفيروزآبادى). * بل الأقوى فيه الصحّه، وقياسه بعزله قبل بلوغ الخبر إليه بكون نصبه أيضاً منوطاًبالبلوغ واضح البطلان. (آقا ضياء). * والأظهر الصحّه فيه وفى ما يليه، وعدم الحاجه إلى الإجازه. (صدرالدين الصدر). * لا إشكال فى صحّته ولزومه. (عبدالله الشيرازى). * الأظهر لزومه بلا حاجهٍ إلى الإجازه فيما راعى الولىّ ما يجب مراعاته.(الشريعتمدارى). * الأقرب عدم الخروج عن الفضولىّ. (الخمينى). * الأظهر اللزوم بدون الاحتياج إلى الإجازه. (المرعشى). * لا فرق بين الفروع الثلاثه المذكوره فى هذه المسأله فى الصحّه مع تحقّق الشروط. (السبزوارى). * الظاهر الصحّه واللزوم فيه وفى الفرض اللاحق. (زين الدين). * لكنّه ضعيف، والاحتياط لا يُترك. (تقى القمّى).

فيه(۱) .

وأمّا لو أوقعه بعنوان الفضوليّه فتبيّن كونه وليّاً ففى لزومه بلا إجازهٍ منه أو من المولّى عليه إشكال(۲) .

ص:۵۱۳

۱- بل لا يبعد عدم اللزوم. (الخوئى). * الإشكال غير ظاهر. (محمّد الشيرازى). * لا يُترك الاحتياط معه. (حسن القمّى).

۲- الأظهر عدمه. (الفيروزآبادى). * والأقوى لزومه بلا حاجه إلى الإجازه. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * مبنىّ على الداعى والتقييد، وهكذا الأمر فى الفرع الآتى، ويُلزِمه على الثانيهقابليّته للإجازه، وما وجّه به عدم صحّته رأساً على وجهٍ يخرج عن قابليّه لحوق الإجازه أيضاً منظور فيه، كما لا يخفى، والله العالم. (آقا ضياء). * لا فرق بين الصورتَين، والأظهر الصحّه بلا إجازهٍ فى المقامَين. (كاشف الغطاء). * أقربه اللزوم بلا إجازه. (الإصطهباناتى). * الأقوى لزومه بلا حاجهٍ إلى الإجازه. (عبدالهادى الشيرازى، الروحانى). * لا إشكال فيه، ولا يحتاج إلى الإجازه؛ لأنّه عقد صدر من أهله. (البجنوردى). * لا إشكال فى الصحّه. (الفانى). * الظاهر صحّته ولزومه مع مراعاه الغبطه. (الخمينى). * أظهره اللزوم، وعدم الحاجه إلى الإجازه. (الخوئى، حسن القمّى). * لا يبعد الصحّه، من دون حاجهٍ إلى الإجازه إذا كان مراعياً لمصلحه المولّى عليه،كما هو المفروض. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان على وجه التقييد، وإلّا فالظاهر لزومه بلا حاجهٍ إلى الإجازه. (محمّدالشيرازى). * مقتضى القاعده عدم الإشكال، وعدم الحاجه إلى الإجازه. (تقى القمّى). * والأظهر اللزوم، من دون إجازهٍ إذا كان واجداً لشرط الصحّه من الولىّ.(اللنكرانى).

(مسأله ۲۸) : إذا كان عالماً بأنّه وكيل أو وليّ، ومع ذلك أوقع(۱) العقد(۲)

ص:۵۱۴

۱- قـد مرّ منه أنّه لا يشترط فی الفضولیّ قصد الفضولیّه، ولا الالتفات إلیها، والظاهرجریان هذا فی الوكاله والولایه، وأنّه لا یعتبر فیهمـا القصـد، ولاـ الالتفـات، وعلیه فلایبقی محصّل للفرض، بل یتعیّن الصـحّه واللزوم. نعم، یمكن إیقاع العقـد منهما معلّقاًعلی رضاً جدیدٍ من الموكّل، أو من المولّی علیه، أو نفسه متأخّراً، وحینئذٍفالإشكال فیه إنّما هو من ناحیه التعلیق. (اللنكرانی).
۲- لا محصّل للفرض، والأقوی صحّته ولزومه. (الشریعتمداری).

بعنوان الفضوليّه(۱) فهل يصحّ ويلزم، أو يتوقّف على الإجازه، أو لا يصحّ؟

وجوه(۲) ، أقواها(۳) عدم(۴) الصحّه(۵) ؛ لأنّه يرجع إلى اشتراط كون العقد

۱- أی بقصد الفضولیّه. (الفيروزآبادی).

۲- أقواهما الصحّه، وما ذكره من التعليل عليل جدّاً. (صدرالدين الصدر). * أقواها الصحّه، نعم، لو علّق عقده على رضاهُ أو رضا موكّله متأخّراً جاء فيه إشكال التعليق، ولعلّ مراده قدّس سرّه هو هذه الصوره. (الخوئی).

۳- بل الأقوى هو الصحّه، نعم، لو قيّد المنشأ بالعقد بتوقّفه على الإجازه اللاحقهيشكل الصحّه. (جمال الدين الگلپايگانی).

۴- بل الصحّه، إلّا أن يعلّق العقد على كون العاقد فضوليّاً. (تقی القمّی).

۵- بل الأقوى الصحّه واللزوم، والتعليل عليل؛ فإنّه لا يرجع إلى الاشتراط،بل قصد الفضوليّه، وهذا القصد وقع لغواً، كتصرّف الحاكم بقصد أنّه متولٍّخاصّ، أو بالعكس، أو بقصد أنّه ليس بمتولٍّ عامّ، أو تصرّف المالك بقصدأنّه أجنبيّ. (الفيروزآبادی). * بل الأقوى هو الصحّه، نعم، لو قيّد المنشأ بالعقد بتوقّفه على الإجازه اللاحقه يشكل الصحّه. (النائينی). * بل أقواها الصحّه، وما ذكر وجهاً لعدم الصحّه محلّ المناقشه. (الإصفهانی، عبدالله الشيرازی). * بل الأقوى الصحّه إذا لم يقيّد المنشأ بالعقد بكونه متوقّفاً على الإجازه، وإلّافمشكل. (الإصطهباناتی). * بل أقواها الصحّه واللزوم، ورجوعه إلى اشتراط الجواز ممنوع. (البروجردی). * بل الأقوى الصحّه. (عبدالهادی الشيرازی، السبزواری). * بل أقواها الصحّه، ولا يرجع إلى ما ذكره من الاشتراط. (البجنوردی). * بل الأقوى الصحّه واللزوم ولغويّه قصدها، وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع، ومع تسليمه فكونه موجباً للبطلان محلّ إشكال. (الخمينی). * بل الأقوى الصحّه واللزوم، والتعليل عليل. (المرعشی). * هذا إذا قيّد المنشأ بالتزلزل ليرجع إلى عدم قصد إنشاء النكاح، وأمّا إذا أنشأالنكاح واشترط جوازه وكونه موقوفاً على إجازه الموكّل أو المولّى عليه فهذا شرطفاسد ومفسد على القول بإفساده. وأمّا إذا أنشأ النكاح بغير عنوان الوكاله، بل بعنوان الإنشاء من قبل نفسه بلا قيدٍ ولا شرط، كما هو الظاهر من عنوان المسأله،فالظاهر صحّه العقد، وعدم توقّفه على الإجازه. (محمّد رضا الگلپايگانی). * الأقوى الصحّه، إلّا إذا قصد بعنوان الفضوليّه إنشاء توقّف العقد على الإجازه، أوجعل الخيار فيه، فيبطل العقد إذا لم يتطابق فيه الإيجاب والقبول، وتشكل الصحّه إذاتطابقا. (زين الدين). * فيه تفصيل ذكرناه فی الفقه. (محمّد الشيرازی). * فيه إشكال. (حسن القمّی). * الأظهر الصحّه، نعم، إذا علّق العقد على رِضاهُ أو رضا موكّله جاء فيه إشكال التعليق. (الروحانی).

الصادر من وليّه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده فى الإبقاء والعدم، وبعبارهٍ اُخرى: أوقع العقد متزلزِلاً.

(مسأله ۲۹) : إذا زوّج الصغيرينِ وليُّهما فقد مرّ أنّ العقد(۱) لازم عليهما(۲) ،

۱- قد مرّ أنّ لهما الخيار بمقتضى النصّ، راجع المسأله الرابعه من هذا الفصل. (تقيالقمّى).

۲- مرّ الإشكال فيه، ولكنّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث؛ لأنّ المفروض صحّه العقدوإن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ. (الخوئى). * وقد تقدّم الإشكال فيه. (محمّد الشيرازى). * قد مرّ أنّه يحتمل أن يكون لهما فى صورهٍ واحدهٍ فسخ العقد، ومع عدم الفسخ يتوارثان، ومع الفسخ فى تلك الصوره محلّ إشكال. (حسن القمّى).

ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه(۱) . وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر.

وأمّا إذا زوّجهما الفضوليّان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ، أو إجازه وليّهما قبله، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجيّه، ويترتّب عليها أحكامها من حين العقد؛ لِمَا مَرَّ(۲) من كون الإجازه كاشفه.

وإن رَدّا أو رَدّ أحدهما، أو ماتا(۳) ، أو مات أحدهما قبل الإجازه كشف عن عدم الصحّه من حين الصدور.

وإن بلغ أحدهما(۴) وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل(۵) ميراث الآخر على تقدير الزوجيّه، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم تكن إجازته

۱- إذا كان موافقاً لمصلحتهما، وإلّا فلهما الردّ. (كاشف الغطاء).

۲- قد مرّ الإشكال فی الكشف ولزوم الاحتياط، وإن لا يبعد الالتزام به فی المقام؛لأجل النصّ الخاصّ. (الخمينی).

۳- فی العباره قصور؛ حيث إنّ البطلان بالموت ليس كالأثر المترتّب على الإجازه،والردّ فی التفرّع على البلوغ. (اللنكرانی).

۴- الحديث يختصّ بصوره موت الزوج فيشكل الجزم بالعموم. (تقی القمّی).

۵- كما فی روايه الحذّاء(الوسائل: الباب (۵۸) من أبواب المهور، ح۲.)، والمراد بالولیّ فيها: مَن يَلِی أمرهما عرفاً، لا الشرعیّ؛كی ينافی ما تقدّم من لزوم النكاح الصادر منه. (المرعشی).

للطمع(۱) فی الإرث، فإن حلف یدفع إلیه، وإن لم یُجِز أو أجاز ولم یحلف لم یدفع، بل یردّ إلی الورثه، وکذا لو مات بعد الإجازه وقبل الحلف.

هذا، إذا کان متّهماً بأنّ إجازته للرغبه فی الإرث، وأمّا إذا لم یکن متّهماً بذلک _ کما إذا أجاز قبل أن یعلم موته، أو کان المهر اللازم علیه أزید ممّا یرث، أو نحو ذلک _ فالظاهر عدم الحاجه إلی الحلف.

(مسأله ۳۰) : یترتّب علی تقدیر الإجازه والحلف جمیع الآثار المرتّبه علی الزوجیّه _ من المهر، وحرمه الاُمّ والبنت(۲) وحرمتها إن کانت هی

۱- هذا ما عبّر به الفقهاء قدّس سرّهم، وفی الروایه یحلف علی أنّه ما دعاه علی أخذ المیراث إلّا رضاهُ بالتزویج، والفرق بین التعبیرین واضح، ولعلّهم استفادوا من الروایه ماعبّروا به. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- حیث إنّ المفروض موت الزوجه بعد اجازتها وقبل بلوغ الزوج، فلا وجه لحرمهبنتها علیه علی تقدیر الإجازه والحلف منه؛ لأنّها غیر مدخولٍ بها، إلّا أن یفرض دخوله بها قبل بلوغه. (صدرالدین الصدر). * لا محلّ لذکر البنت بعد أن کانت لا تحرم إلّا بعد الدخول، والمفروض أنّ الزوجه قد ماتت قبل بلوغ الزوج، فتدبّره، ومثله فی المسأله (۳۲). (کاشف الغطاء). * ذکر البنت لا مورد له فی الفرض. (البجنوردی). * هذه الکلمه من سهو القلم، أو غلط النُسّاخ. (الخوئی). * ذکر حرمه البنت فی الفرض لعلّه من سهو القلم. (زین الدین). * کیف تتصوّر الحرمه بالنسبه إلی البنت مع فرض الموت؟! (تقی القمّی). * هذه الکلمه زائده. (الروحانی). * هو من سهو القلم، کما یأتی. (اللنکرانی).

الباقیه علی الأب والابن ونحو ذلک _ بل الظاهر(۱) ترتّب هذه الآثار(۲) بمجرّد(۳) الإجازه(۴) من غیر حاجه(۵) إلی الحلف(۶) . فلو أجاز ولم یحلف

ص:۵۱۹

۱- فیه تأمّل، بل منع؛ لأنّه خلاف ظاهر النصّ(الوسائل: الباب (۵۸) من أبواب المهور، ح۲.). (صدرالدین الصدر). * بل ظاهر صحیح الحذّاء الوارد فی المقام عطف استحقاق المهر علی المیراث فی الترتّب علی الحلف، وهما وإن کانا مشترِکَین فی الاتّهام إلّا أنّ الظاهر عدم الفرقبین المهر وبین سائر أحکام الزوجیّه، مضافاً إلی أنّ الحکم علی خلاف القاعده،ولابدّ من الاقتصار فیه علی المتیقّن، نعم، الاحتیاط لا ینبغی أن یُترک. (اللنکرانی).

۲- من حین العقد. (المرعشی).

۳- علی الأحوط. (جمال الدین الگلپایگانی).

۴- علی الأحوط. (النائینی، زین الدین، حسن القمّی). * مشکل، ومراعاه الاحتیاط لازمه. (الإصطهباناتی). * فیه إشکال، نعم، هو أحوط(هذه التعلیقه له قدّس سرّه أوردناها من نسخهٍ اُخری غیر ما بأیدینا.). (الخوئی).

۵- محلّ إشکال، بل الحاجه إلیه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو: أنّالإجازه الّتی بها یتمّ سبب الزوجیّه هی الصادره لا عن طمعٍ فی المیراث،وأنّ الطریق لإحراز ذلک هو الحلف، فمع عدمه لا طریق إلی إحراز تمام السبب، والأصل عدمه. (عبدالله الشیرازی). * الحلف أوفق بظاهر الروایه. (الفانی). * الأقرب هو الحاجه إلیه فی ترتّب الأحکام ظاهراً. (الخمینی).

۶- محلّ إشکال، بل الحاجه إلیه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو أنّ الإجازه الّتی بها یتمّ سبب الزوجیّه هی الصادره لا عن طمع فی المیراث، وأنّالطریق لإحراز ذلک هو الحلف، فمع عدمه لا طریق إلی إحراز تمام السبب،والأصل عدمه. (البروجردی). * ممنوع؛ فإنّ تصحیح العقد بعد موت واحدٍ منهما الّذی هو بمنزله تلف رکن العقد بإجازه الطرف الآخر علی خلاف القاعده، فلیقتصر علی المتیقّن؛ علی أنّ ذلک ظاهر الروایه فإنّها تدلّ علی أنّ الحلف تمام السبب؛ باعتبار کونه کاشفاً عن إجازهالعقد، لا عن طمعٍ فی المیراث. (الشریعتمداری). * الأحوط الاحتیاج إلیها. (المرعشی). * الظاهر الاحتیاج إلیها فی ترتیب الآثار أیضاً. (محمّد الشیرازی). * یتمّ ذلک فی غیر المهر، وأمّا المهر فحکمه حکم المیراث. (الروحانی).

مع کونه متّهماً لا یرث، ولکن یرتّب(۱) سائر الأحکام(۲) .

(مسأله ۳۱) : الأقوی(۳) جریان الحکم المذکور فی المجنونِین، بل الظاهر(۴) التعدّی إلی سائر الصور، کما إذا کان أحد الطرفَین الولیّ والطرف

ص:۵۲۰

۱- محلّ إشکال. (الإصفهانی).

۲- محلّ إشکال. (عبدالله الشیرازی). * الظاهر أنّ موضوع ترتّب الأحکام هو العقد المتعقّب بالإجازه والحلفأیضاً، فبدون الحلف لم یتحقّق ما هو موضوع الأحکام، فحال سائر الأحکام حال الإرث. (البجنوردی).

۳- فی الأقوائیّه إشکال، بل منع؛ إذ کیف یجوز التعدّی عن مورد الحدیث إلی غیرهمع کون الأحکام الشرعیّه تعبّدیّه؟! (تقی القمّی).

۴- بعد الاستفاده من الروایه أنّ الملاک فی الحلف هو رفع الاتّهام ـ والمفروض وجوده فی المقام ـ لا یبقی مجال لدعوی الظهور، فلا یُترک الاحتیاط بالإحلاف فی الإرث وأخذ المهر، وکذا سائر الأحکام. (اللنکرانی).

الآخر الفضولىّ، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغَين كامِلَين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلک،

ففی جمیع الصور: إذا مات مَن لزم العقد بالنسبه إليه _ لعدم الحاجه إلى الإجازه أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده _ وبقى الآخر فإنّه يعزل حصّه الباقی من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز. بل الظاهر عدم الحاجه إلى الحلف فی ثبوت الميراث فی غير الصغيرين من سائر الصور؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين.

ولكنّ الأحوط(۱) الإحلاف(۲) . . . .

ص:۵۲۱

۱- هذا الاحتياط لا يُترک. (النائينی). * هذا الاحتياط لا يُترک، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (الإصطهباناتی). * لا يُترک. (جمال الدين الگلپايگانی). * لا يُترک الاحتياط، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (عبدالله الشيرازی). * لا يُترک، ومع عدم التمكّن منه فالأحوط التخلّص بالصلح. (البروجردی). * لا يُترک بالنسبه إلى الإرث. (عبدالهادی الشيرازی). * لا يُترک فی ترتّب جميع الأحكام، بل لا ينبغی ترک الاحتياط بالتخليص بالصلح فی جميع الصور الخارجه عن النصّ. (الخمينی). * لا يُترک، سيّما بالنسبه إلى الإرث والمهر، والأحوط منه التخلّص بالتصالح فی تمام الفروض المذكوره الّتی لم تُذكر فی الخبر. (المرعشی).

۲- لا يُترک الاحتياط، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (الإصفهانی). * يعنی الأحوط على آخذ الإرث الحلف ثمّ الأخذ، وأمّا الأحوط على المُعطِی فالإعطاء مع الإجازه ولو لم يحلف إلّا مع التراضیوالتصالح. (محمّد رضا الگلپايگانی). * لا يُترک. (السبزواری). * لا يُترک هذا الاحتياط بالنسبه إلى الإرث والمَهر. (زين الدين). * لا يُترک، وإذا رتّب الأثر المضادّ ففی صحّه الإجازه إشكال. (محمّد الشيرازی). * هذا الاحتياط لا يُترک. (حسن القمّی).

فی الجمیع(۱) بالنسبه إلی الإرث، بل بالنسبه إلی سائر الأحکام أیضاً.

(مسأله ۳۲) : إذا کـان العقـد لازماً علی أحـد الطرفَین من حیث کونه أصـیلاً أو مُجِیزاً، والطرف الآخر فضولیّاً، ولم تتحقّق إجازه ولا ـ ردّ فهـل یثبت علی الطرف اللازم تحریم المصاهرات، فلو کان زوجاً یحرم علیه نکاح اُمّ المرأه وبنتها(۲) واُختها والخامسه، وإذا کانت زوجهً یحرم علیها التزویج بغیره؟

وبعبارهٍ اُخری: هل تجری علیه آثار الزوجیّه وإن لم تَجرِ علی الطرف الآخر، أوْ لا؟ قولان، أقواهما الثانی(۳)، . . . . .

ص:۵۲۲

۱- هـذا الاحتیـاط لا ـ یُترک فی الإرث. (البجنوردی). * لا ـ یُترک الاحتیـاط بل الظاهر الاحتیاج إلی الحلف، کما تقـدّم وجهه. (الشریعتمداری). * لا یُترک الاحتیاط بالإضافه إلی الإرث وإلی أخذ المهر، وأمّا بالإضافه إلی بقیّهاالأحکام فالظاهر عدم الحاجه إلی الحلف، مع أنّه أحوط. (الخوئی). * لا یُترک بالنسبه إلی المهر والإرث. (تقی القمّی). * لا یُترک بالنسبه إلی الإرث وأخذ المهر. (الروحانی).

۲- الظاهر أنّه من سهو القلم، کما مرّ؛ لعدم ترتّب حرمه البنت علی مجرّد العقد، بل تتوقّف علی الدخول. (اللنکرانی).

۳- بـل الأـوّل. (النائینی، جمال الـدین الگلپایگانی). * حتّی مع فرض العلم بحصولها بعـد ذلک، حتّی بناء علی الکشف، إلّا بناءً علی بعض وجوهِها الشاذّه. (صدرالـدین الصدر). * حتّی مع فرض العلم بحصول الإجازه بعد ذلک؛ بناء علی الکشف الانقلابیّ کماهو المختار. (زین الدین).

إلّا(۱) مع فرض(۲) العلم(۳) بحصول(۴) . . . .

ص:۵۲۳

۱- لا ـ وجه للاستثناء؛ فإنّه ما لم تتحقّق الإجازه يجوز كلّ تصرّفٍ للأصيل،ومع فرض تصرّفه تصرّفاً وضعيّاً لا ـ يبقى مجال للإجازه، نعم، لو قيل بكونهاكاشفةً حقيقةً يكون التصرّف على الإجازه باطلًا، لكنّ القول المذكور باطلمن أصله. (تقى القمّى). * فى الاستثناء تأمّل، بل منع. (اللنكرانى).

۲- فى الاستثناء إشكال، بل منع. (الخمينى).

۳- يمكن منعه على التحقيق فى معنى الكشف، ولا يُترك الاحتياط. (الكوه كَمَرى). * بل أقواهما الأوّل، حتّى مع العلم بحصول الإجازه بعد ذلك؛ لبطلان الكشف الحقيقىّ الّذى هو مبنى القول الثانى، ومن هنا تعرف أنّه لو تزوّج الاُمّ أو البنت لايبقى محلّ للإجازه. (البجنوردى). * بل ولو مع العلم بحصول الإجازه من الآخر، ولو أتى بما ينافى الزوجيّه لم يبقَ موضوع للإجازه. (الفانى). * الحكم بثبوت التحريم فى فرض العلم بحصول الإجازه بعد ذلك لا ـ يجتمع معالقول بكون الإجازه كاشفةً حكماً وناقلةً حقيقةً، كما هو المختار. (محمّد رضاالگلپايگانى). * بل حتّى مع فرض العلم أيضاً. (السبزوارى). * الأقوى هو الثانى مطلقاً. (الروحانى).

۴- مع فرض العلم أيضاً لا يخلو من إشكال. (حسن القمّى).

الإجازه(۱) بعد ذلک(۲) ، الکاشفه عن تحقّقها من حین العقد. نعم، الأحوط(۳)الأوّل(۴) ؛ لکونه فی معرض ذلک(۵) بمجیء الإجازه.

نعم، إذا تزوّج الاُمّ أو البنت مثلًا ثمّ حصلت الإجازه(۶) کشفت(۷) عن

ص:۵۲۴

۱- بل ولو مع فرض العلم بالإجازه. (الشریعتمداری).
۲- بل مع فرض العلم بحصولها أیضاً، وإن کان یجب من حین الإجازه ترتیب آثارالصحّه من حین العقد، کما أشرنا إلیه سابقاً، وهو الّذی تقتضیه القواعد فی باب الفضولیّ من کلّ عقد، والتزم به المشهور القائِلِین بالکشف. (آقا ضیاء). * بل مع هذا الفرض أیضاً. (الخوئی).
۳- لا یُترک. (البروجردی).
۴- لاـ یُترک. (الإصطهباناتی). * لاـ وجه لهذا الاحتیاط؛ لأنّ له التصرّف الموجب لعدم بقاء العقد علی قابلیّهلحوق الإجازه. (الفانی). * ویحتمل القرعه، وکذا اللازم مراعاه الاحتیاط. (محمّد الشیرازی).
۵- معرضیّته لـذلک موقوف علی بقاء الموضوع، ولا مانع من القول بانتفائه بتزویج الاُمّ، فلا توثّر الإجازه بعده، نعم، علی القول بلزوم العقد علی الأصیل یحرم ذلک علیه تکلیفاً، ولکن لو تزوّج صحّ وتکفی الإجازه، لکن مع ذلک لا یُترک الاحتیاط.(محمّد رضا الگلپایگانی).
۶- لا تصحّ الإجازه؛ لخروج العقد المذکور عن القابلیّه للتصحیح؛ بسبب وقوع العقدعلی الاُمّ والبنت عقداً صحیحاً سابقاً علی الإجازه. (الفانی).
۷- الکشف فی حقّ البنت الّتی لم تکن اُمّها مدخوله(کذا فی الأصل، والأصحّ (مدخولاً بها).)، کما تری. (المرعشی). * بل لا یبقی موقع للإجازه إلّا علی تقدیر الکشف الحقیقیّ ببعض معانیه.(اللنکرانی).

بطلان(۱) ذلک(۲) .

(مسأله ۳۳) : إذا ردّ المعقود أو المعقوده فضولاً ـ العقـد ولم يُجِزْه لا ـ يترتّب عليه شـیء من أحكام المصاهره، سواء أجاز الطرف الآخر أم كان أصيلاً أم لا؛ لعدم حصول الزوجيّه بهذا العقد الغير مجاز، وتبيّن كونه كأن لم يكن.

وربّما يستشكل فی خصوص نكاح(۳) اُمّ المعقود عليها،وهو فی غير محلّه بعد أن لم يتحقّق نكاح. ومجرّد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنّه لا فرق

۱- ويمكن الالتزام ببطلان الإجازه. (الكوه كَمَری).
۲- بل تقع الإجازه باطله. (الشـريعتمداری). * فيه منع، نعم، يتمّ ذلک على الكشف الحقيقیّ ببعض معانيه على إشكالٍ فيه أيضاً. (الخوئی). * مشـكل، بـل ممنوع، إلّا بنـاءً على الكشف الحقيقیّ، وفيه منع، ثمّ إنّ المشـار إليه بكلمه «ذلـک» إن كان عقـد الاُمّ والبنت فهو مخـالف لِما يأتی فی المسأله (۳۴)، وإنكان عقـد الفضولی فهو خلاف الظاهر من الاسـتدراک بقوله ؛، «نعم». ثمّ إنّ حقّ التعبير أن يقال: «إذا كان أحـد الطرفَين ملتزِماً بالعقـد، أصـيلاً كان أو مُجِيزاً...» إلى آخره؛ إذ لا لزوم فی البين مطلقاً، إلّا بناءً على الكشف الحقيقیّ، وهو ممنوع.(السبزواری). * فيه إشكال. (حسن القمّی). * بل الأظهر بطلان الإجازه. (الروحانی).
۳- وفی نكاح أب المعقود أو ابنه أيضاً. (اللنكرانی).

بينه وبين نكاح البنت(۱) . وكون الحرمه فى الأوّل غير مشروطهٍ بالدخول، بخلاف الثانى، لا ينفع فى الفرق.

(مسأله ۳۴) : إذا زُوِّجت امرأه فضولاً ـ من رجلٍ ولم تعلم بالعقد، فتزوّجت من آخر، ثمّ علمت بذلك العقد ليس لها(۲) أن تُجِيز؛ لفوات محلّ الإجازه.

وكذا إذا زُوِّج رجل فضولاً بامرأهٍ، وقبل أن يطّلع على ذلك تزوّج اُمّها أو بنتها أو اُختها ثمّ علم.

ودعوى أنّ الإجازه حيث إنّها كاشفه إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثانى كما ترى(۳) .

(مسأله ۳۵) : إذا زوّجها أحد الوكيلَين من رجل، وزوّجها الوكيل الآخر من آخر: فإن عُلِم السابق من العقدَين فهو الصحيح، وإن عُلِم الاقتران بطلا

۱- الأمر وإن كان كذلك فى المقام حيث لم يتحقّق عقد قبل الإجازه إلّا أنّ بين نكاحالاُمّ ونكاح البنت فرقاً من جههٍ اُخرى، وهى: أنّ مجرّد نكاح الاُمّ لا ـ يوجب بطلان العقد على البنت فلو عقد على البنت والحال هذه بطل عقد الاُمّ، وهذا بخلاف عقدالبنت فإنّه بمجرّده يوجب بطلان العقد على الاُمّ. (الخوئى).

۲- لكونها ذات بعلٍ فيحرم عليها التزويج الحاصل بالإجازه، أو لانصراف أدلّه صحّهالفضوليّ عن الفرض، ومنه يُعلم الحال فى الزوج أيضاً. (المرعشى).

۳- إذ كشف الإجازه فرع سلطنه المُجِيز، وهو فرع بطلان نكاحه، فكيف يوثّر فيبطلانه؟! (آقا ضياء). * مناط حكم المسأله والمسأله الإحدى والثلاثين من حيث الحكم الوضعيّ واحد،نعم، لا تجب الإجازه فى الفرض على غير الأصيل تكليفاً، وله إفناء الموضوع ولومع الالتفات، بخلاف المسأله السابقه حيث إنّه يجب على الأصيل الوفاء، ويحرمعليه إفناء الموضوع، لكن تكليفاً لا وضعاً، كما مرّ. (محمّد رضا الگلپايگانى).

معاً، وإن(۱) شُکّ(۲) فی السبق والاقتران(۳) فکذلک(۴) ؛ لعدم العلم بتحقّق عقدٍ

ص:۵۲۷

۱- الظاهر أن یکون ملحقاً بما عُلِم عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو کان أحدهما معلومَ التاریخ یُحکَم بصحّته. (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- الظاهر أن یکون ملحقاً بما عُلِم عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو کانأحدهما معلومَ التاریخ یُحکَم بصحّته. (النائینی). * إذا کان أحدهما معلوم التاریخ فالظاهر الصحّه فیه، کصوره العلم بعدم الاقتران والعلم بتاریخ أحدهما. (صدرالدین الصدر).

۳- مع الجهل بتاریخهما، وأمّا مع العلم بتاریخ أحدهما فیحکم بصحّته دون الآخر،کما فی صوره العلم بالسبق واللحوق. (عبدالله الشیرازی). * إلّا مع العلم بتاریخ أحدهما فیحکم بصحّته. (الشریعتمداری). * نعم، لو عُلِم تاریخ أحدهما فیُحکَم بصحّته، ومجرّد الشکّ فی المقارنه لا یوجب البطلان؛ لعدم إحرازها. (الفانی). * فی فرض کونهما مجهولَی التاریخ، وأمّا فی صوره العلم بتاریخ أحدهما فالحکم بصحّه المعلوم تاریخه هو الأقوی، والأحوط طلاقها من طرف کِلا الزوجَین، ثمّ مَنأرادها تزوّجها بعقدٍ جدید. (المرعشی).

۴- الظاهر أنّه إذا علم تاریخ أحدهما فی هذه الصوره یُحکَم بصحّته کالصورهاللاحقه، وعدم العلم بتحقّق عقدٍ صحیحٍ فی هذه الصوره دونها لیس بفارقٍ بینهمابعد احتمال صحّه کلٍّ منهما، والعلم ببطلان واحدٍ منهما فی کلٍّ منهما، فکما یُحکَم بعدم وقوع العقد الآخر إلی زمان وقوع ما عُلِم تاریخه فی تلک الصوره فیُحکَم بصحّته وتأثیره کذلک فی هذه الصوره، غایه الأمر فی تلک الصوره یُدفَع بالأصل احتمال سبق العقد الآخر علی ما عُلِم تاریخه، وفی هذه الصوره احتمال سَبقه وتقارنه. (الإصفهانی). * الظاهر أنّ حکم هذه حکم الصوره الثالثه، فی أنّ مع العلم بتاریخ أحدهما یُحکَم بصحّته دون الآخر. (الإصطهباناتی). * مع الجهل بتاریخهما، وأمّا مع العلم بتاریخ أحدهما فیُحکَم بصحّته دون الآخر،کما فی صوره العلم بالسَبق واللحوق. (البروجردی). * مع عدم العلم بتاریخ أحدهما، وإلّا فیُحکَم بصحّه ما علم تاریخه. (عبدالهادی الشیرازی). * الظاهر أنّه إذا عُلِم تاریخ أحدهما یُحکَم بصحّته؛ بناءً علی جریان استصحاب العدم فی مجهول التاریخ دون معلومه. (البجنوردی). * مع الجهل بتاریخهما، وأمّا مع العلم بتاریخ أحدهما یُحکَم بصحّته دون الآخر.(الخمینی). * مع الجهل بتاریخهما، وأمّا مع العلم بتاریخ أحدهما فیُحکَم بصحّته فقط.(السبزواری). * إذا کانا معاً مَجهولَی التاریخ، وأمّا إذا کان أحدهما معلوم التاریخ فالظاهر الحکم بصحّته، کما فی الفرض اللاحق. (زین الدین). * إلّا مع العلم بتاریخ أحدهما، فهو ــ أیّ المعلوم ــ محکوم بالصحّه، وفی بعض الحواشی(وهی حاشیه السیّد محمّد رضا الگلپایگانی قدّس سرّه المذکوره فی الصفحه التالیه فی الهامش رقم (۱).): استصحاب عدم تحقّق المجهول إلی زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا یترتّب علیه أثر شرعیّ کی یلحق ذلک بمعلوم السَبق، کما أفاده غیر واحدٍ من أکابرالمحشّین؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقلیّ، لا شرعیّ، بخلاف المسبوق بمثله حیث إنّ بطلانه شرعیّ، فیُستصحَب عدم وقوع العقد السابق، فیترتّب علیه عدم البطلان شرعاً، انتهی.ویَرِدُ علیه: أنّه لا فرق بین المقارن والمسبوق فی کون البطلان شرعیّاً؛ فإنّحکم العقل بالبطلان إنّما هو لأجل قیام الدلیل الشرعیّ علی امتناع ثبوت الزوجَینبالإضافه إلی زوجهٍ واحده، ومع قطع النظر عن ذلک لا مجال للعقل للحکم بالبطلان، فالملاک موجود فی المقامَین من دون فرق، مع أنّ استصحاب عدم وقوع العقد السابق إن کان بنحو «لیس» التامّه فالظاهر عدم جریانه أصلاً، وإن کان بنحو«لیس» الناقصه فلیس له حاله سابقه متیقّنه. (اللنکرانی).

صحيح، والأصل عدم تأثير(۱) واحدٍ منهما.

وإن عُلِم السبق واللحوق ولم يُعلَم السابق من اللاحق: فإن عُلِم تاريخ أحدهما حُكِم بصحّته(۲) دون الآخر(۳) ، وإن جُهِل

۱- واستصحاب عدم تحقّق المجهول إلى زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا يترتّب عليه أثرشرعيّ كی يلحق ذلك بمعلوم السَبق، كما أفاده غير واحدٍ من أكابر المحشّين؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليّ، لا شرعيّ، بخلاف المسبوق بمثله حيث إنّ بطلانه شرعيّ، فيستصحب عدم وقوع العقد السابق، فيترتّب عليه عدم البطلان شرعاً.(محمّد رضا الگلپايگانی).

۲- والأولی رعايه الاحتياط بالطلاق ــ كما مرّ ــ إن لم يناقش بالإثبات، وهی ممنوعه، والتفصيل فی محلّه. (المرعشی). * الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (الخوئی، الروحانی). * هذا يتمّ علی مسلكه؛ حيث يری عدم جريان الأصل فی معلوم التاريخ، وأمّاعلی المسلك المنصور فلا وجه للتفصيل. (تقی القمّی).

۳- لاــ يخلو من الإشكال. (الكوه كَمَری). * الأظهر أنّ الحكم فی المعلوم التاريخ والمجهول التاريخ سواء، وإن كان مراعاهالاحتياط أولی. (حسن القمّی).

التاريخان(۱) ففى المسأله وجوه :

أحدها: التوقيف(۲) حتّى يحصل العلم.

الثانى: خيار الفسخ للزوجه.

الثالث: أنّ الحاكم يفسخ.

الرابع: القرعه، والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير(۳) .

۱- ولم يحتمل الاقتران، وإلّا فيُحكَم ببطلانهما، كما مرّ. (الخمينى). * وكان عدم الاقتران معلوماً. (المرعشى).
۲- هـذا هو المتعيّن وعلى طبق القاعـده، إلّا أن يصـل الأمر إلى حدٍّ يـدخل المقام فى الاُمور الحسبيّه، فيقوم الحاكم ويتصـدّى الطلاق نيابةً عن الزوج، وباقى الوجوه المذكوره مخدوشه. (تقى القمّى).
۳- لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامهما بذلك، وكذا فى نظائر المسأله، والحمـد لله ربّ العـالمين، والصـلاهعلى رسوله وآله الطـاهرين. (النـائينى). * على فرض ثبوت جبر الروايه بعملهم، وإلّا فالأوّل أولى. (آقاضياء). * لا ـ يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * بل الّذى قبله، وهو فسخ الحاكم، بمعنى أنّ الحاكم يلزمهما بالطلاق، فإن طلّقاوإلّا طلّقها قهراً عليهما، أمّا الفسخ بغير الطلاق فلا وجه له، فتدبّره. (كاشف الغطاء). * لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامها(كذا فى أصل النسخه، والظاهر أنّ الصحيح (إلزامهما) أى الزوجَين، بقرينه ما قبله (ولو امتنعا)،ولاحظ حاشيه النائينى وكاشف الغطاء» قبلها وبعدها.) بذلك، وكذا فى نظائر المسأله، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاهعلى رسوله وآله الطاهرين. (جمال الدين الگلپايگانى). * وإن كان الأحوط أن يطلّقاها. (الإصطهباناتى). * والأحوط الطلاق منهما. (عبدالهادى الشيرازى). * ولكنّ الأحوط طلاقهما؛ لمعارضه الأصلين، وعدم أمارةٍ على إثبات صحّهأحدهما المعيَّن، فمع العلم ببطلان أحدهما ليس لكلّ واحدٍ منهما ترتيب آثارالزوجيّه، فلا مناص إلّا الطلاق باختيارهما، أو باجبار الحاكم لهما؛ دفعاً لضررالمرأه، وكذلك الأمر فى الفروع الّتى ذكرها بعد ذلك. (البجنوردى). * على فرض حجّيّه القرعه فى المقام، وإلّا فالأحوط أن يطلّقها أحدهما، والآخريعقدها بعقدٍ جديدٍ إن أراد تزويجها، وإلّا فهو أيضاً يطلّقها، وهكذا الحال بالنسبه إلى الفروع الآتيه. (عبدالله الشيرازى). * يمكن علاج المشكله بالطلاق، فلا يُجزَم بكون المورد من موارد القرعه،فالأحوط لو لم يكن الأقوى الطلاق. (الفانى). * وينبغى الاحتياط بالطلاق، كما تقدّم. (المرعشى). * وإن كان الأحوط أن يطلّقها أحد الرجلَين، فإن شاء الآخر تزوّجها بعقدٍ جديدٍوإلّا فالأحوط أن يطلّقها هو أيضاً، وكذلك يُراعى الاحتياط فى الفروع الآتيه.(الخوئى). * لكنّ الأحوط على الزوجه إرضاوهما للطلاق مع التمكّن ولو بإعطاء شىءعليهما، وصرف النظر عن الصداق، كما أنّ الأحوط عليهما الطلاق. (محمّد رضاالگلپايگانى). * والأحوط لكلٍّ منهما التخلّص بالطلاق، وكذا فى نظائر المقام. (السبزوارى). * الأحوط أن يُطَلِّقها الرجلان معاً، أو يطلِّقها أحدهما ويتزوّجها الثانى بعقدٍ جديد،وكذا فى الفروض

اللاحقه. (زين الـدين). * الأحوط التفريق بينها وبينهما بالطلاق، أو تجديد العقد لأحدهما مع طلاق الآخرلها أوّلاً، فإن امتنعا من الطلاق فالأوجه هو القرعه، وكذلك فى الفروع الآتيه، فلايُترك الاحتياط بالطلاق إن أمكن، وإلّا فالقرعه. (حسن القمّى). * هذا وإن كـان قويّاً إلّا أنّ الأحوط أن يطلّقها أحـد الزوجَين ويزوّجها الآخر، وإنلم يشأ تزويجها طلّقها أيضاً، وكـذا الحال فى الفروع الآتيه. (الروحانى).

وكذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلَين برابعةٍ والآخر بأُخرى، أو زوّجه أحدهما بامرأةٍوالآخر ببنتها(١) أو اُمّها أو اُختها.

وكذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجلٍ وزوّجها وكيلها من آخر، أو تزوّجِ بامرأةٍ وزوّجه وكيلُه بأُخرى لا يمكن الجمع بينهما.

ولو ادّعى أحد الرجلَين المعقود لهما السَبق، وقال الآخر: «لا أدرى مَن السابق» وصدّقت المرأه المدّعى للسَبق حُكِم بالزوجيّه(٢) بينهما؛ لتصادقهما عليها.

[هذا آخر ما صنَّفه ــ دام ظلّه ــ من النكاح]

*

*

*

ص:٥٣٢

١- الظاهر أنّ عقد البنت صحيح وعقد الاُمّ باطل، كما تقدّم. (الخوئى).

٢- الظاهر أنّ للاخر عليهما الحلف. (الفيروزآبادى).

کتاب الوصیّه

اشاره

ص:۵۳۴

كتاب الوصيّه

معنى الوصيّه وتقسيماتها

وهى: إمّا مصـدر(۱) «وَصِىَ يَصِى» بمعنى الوصل؛ حيث إنّ المُوصِى يصل تصـرّفه بعـد الموت بتصـرّفه حال الحياه. وإمّا اسـم مصدر بمعنى العهد(۲) ،

ص:۵۳۵

۱- الظـاهر أنّهـا ليست بمصـدر من الثلاثى، ولا اسـمه، سواء كان تفعيلًا أم إفعالًا، وأنّهـا ــ على أىّ حالٍ ــ بمعنى العهـد فى تمام اشـتقاقاتها وفروعهـا أينمـا ذكرت وكلّمااسـتعملت، كما لا يخفى على مَن جاس خلال ديار استعمالها فى الكتاب والسّنّهوألسـنه المتشـرّعه، غايه الأمر أنّ متعلّقاتها تختلف، ككونها تمليك العين أو المنفعهأو الحقّ أو التسـليط على الفكّ أو التحرير وصـنوف العقود والإيقاعات، وأمّاالمأخوذه من وَصِىَ يَصِى لو سـلّم ذلك فهى بمعنى الوصل بلا ريب، ووجه التسـميهعلى كلا الفرضـين واضح. (المرعشـى). * لم يذكر الوصـيّه مصدراً للثلاثى، بل المصدر له هو الوصـىّ بفتح الواو و سـكون الصاد، فيتعيّن أن يكون اسم مصـدرٍ من الربـاعى، ويبقى حينئـذٍ اختلاف الثلاثى والرباعى فى المعنى، حيث إنّ الأوّل بمعنى الوصل، والثانى بمعنىالعهـد. ودعوى أنّهما مادّتان متباينتان ليس بينهما أىّ نوعٍ من الاشـتقاق، كما فىبعض الشـروح، منـدفعه، بما ذكره الزمخشـرىّ فى أساس البلاغه من قوله: وأصَى البلدُ البلدَ: واصله، فإنّها ظاهره فى مجىء الرباعى أيضاً بمعنى الوصل، فلا محيص عن أن يقال: إنّ العهد أيضاً نوع من الوصل؛ لتقوّمه بالطرفَين، وتحقّق اتّصال فى البين. (اللنكرانى).

۲- هذا هو المتعيّن، والعهد هنا هو الّذى يستعمل متعدّياً بلفظه «إلى»، ويرادفه أويقرب منه لفظه «سَفارِش» فى لغه الفرس، قال الله تعـالى : (أَلَمْ أَعْهَـدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِى آدَمَأَن لَّا تَعْبُـدُوا آلشَّيْطَانَ...)(يس: ۶۰.) الآيه، (وَلَقَـدْ عَهِـدْنَا إِلَى آدَمَ...)(طه ۹: ۱۱۵.) الآيه، (قَالُوا إِنَّ آللهَعَهِـدَ إِلَيْنَا أَلاَّـ نُؤْمِنَ...)( ) آل عمران: ۱۸۳.). الآيه، وقـال تعـالى: (وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيـمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ...)(البقره: ۱۳۲.)الى آخره، (أَمْ كُنتُمْ شُـهَدَاءَ إِذْ وَصَّاكُمُ آللهُ بِهـذَا...)(الأنعام: ۱۴۴.) إلى آخره. (ذلِكُمْ وَصَّاكُمبِهِ...)(الأنعـام: ۱۵۱و ۱۵۲و ۱۵۳.) الى آخره، نعم، غلب استعمالها فى عهد الإنسان إلى غيره بما يريد حصولهمن بعد موته فى ماله أو بدنه. (البروجردى). * هـذا هو الظـاهر من اللغويّين، نعم، يمكن إرجـاع جميع مـا يـذكر من معانيهـا إلى الوصـل بإلغاء خصوصـيّات موارد تطبيق هـذه الكلمه «الوصـيّه»، لكنّه لاـ يخلو منتكلّف. (الفانى). * هـذا هو المتعيّن يظهر من موارد اسـتعماله فى القرآن المجيـد وفى الأخبار. (حسن القمّى).

من وصّی یوصّی توصیهً، أو أوصی یُوصِی إیصاءً. وهی إمّا تملیکیه،أو عهدیّه(۱) ، وبعبارهٍ . . . .

ص:۵۳۶

۱- اعتبار العهـد متحقّق فی التملیکیّه أیضاً؛ إذ کما تتعلّق التوصـیه والعهـد بالعمل کـذایتعلّق بالاُمور الوضـعیّه کالولایه وافتکاک الملـک ویویّـِده قوله تعـالی: (یُوصِیکُمُ آللهُ فِی أَوْلَادِکُم لِلْذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ آلْأُنْثَیَیْنِ)(النساء: ۱۱). ومرجعه إلی الإیصـاء بترتیب آثارها.(البروجردی). * یمکن فرض الجامع القریب بینهما، فلا تکون إلّا قسـماً واحداً تختلف باختلاف المتعلّق. (السبزواری). * إن کان المراد بالعهـد هو العهد المتعلّق بخصوص العمل ــ سواء کان راجعاً إلی الغیر أو إلی نفسه ــ فجعل الوصـیّه الراجعه إلی التسـلیط علی الحقّ، أو فکّ الملک منأقسام الوصـیّه العهـدیّه کما هو ظاهر العباره غیر ظاهر، وإن کان المراد به هو العهدبالمعنی الأعمّ ممّا یتعلّق بالعمل ــ وهو الّذی یعبّر عنه فی الفارسـیّه به «سـفارش» ــفجعل التملیکیّه قسـیماً للعهـدیّه غیر واضح؛ إذ حینئذٍ تصیر التملیکیّه من أقسام العهدیّه أیضاً، ویؤیّده: ما أفاده من کونها بمعنی العهد إذا اُخذت من الرباعیّ. (اللنکرانی).

أُخرى(۱) : إمّا تمليك عينٍ أو منفعه، أو تسليط على حقّ، أو فكّ ملك، أو عهد

متعلّق بالغير، أو عهد متعلّق بنفسه، كالوصيّه بما يتعلّق بتجهيزه. وتنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

نفوذ الوصيّه العهديّه والتوقّف فى الوصيّه التمليكيّه على القبول

(مسأله ۱) : الوصيّه العهديّه لا تحتاج إلى القبول(۲) ، وكذا

۱- ما ذكره ليس عبارةً أُخرى لِما سبق؛ لأنّ الوصيّه بالفكّ ليست من القسمين، ولوجُعِلت العهديّه أعمّ من الفكّ لا تكون الوصيّه إلّا قسماً واحداً، والأمر سهل.(الخمينى).

۲- أى إلى قبول الموصى له، وإن كانت ربمّا احتاجت إلى قبول الموصى إليه(كذا فى أصل النسخه.) فيبعض أحكامها. (البروجردى). * أى قبول الموصى له، أمّا قبول الموصى إليه(كذا فى أصل النسخه) فهو لازم غالباً أو دائماً. (عبدالله الشيرازى). * يعنى قبول الموصى له. (الشريعتمدارى). * أى قبول المُوصى له. (المرعشى).

الوصیّه(۱) بالفکّ کالعتق، وأمّا التملیکیه(۲) فالمشهور(۳) علی أنّه یعتبر فیها القبول(۴) جزءاً؛ وعلیه تکون من . . . .

ص:۵۳۸

۱- قد ظهر ممّا قدّمناه فی الحاشیه السابقه أن جعل الوصیّه بالفَکّ قسیماً للوصیّهالعهدیّه لا مساغ له. (المرعشی).

۲- الأقوی أنّ الوصیّه التملیکیه مطلقاً یعتبر فیها القبول جزءاً فی حیاه الموصِی أوبعد موته. (صدرالدین الصدر). * ضعفه ظاهر. (جمال الدین الگلپایگانی).

۳- سواء جعل جزءاً ناقلًا أم کاشفاً، وسواء جعل شرطاً للانتقال من حین العقد أم منحین القبول کشفاً أو نقلًا، أو سبباً لاستقرار الملک وثباته. (المرعشی).

۴- وهو الأقوی لأنّ أدلّه الوصیّه غایتها الدلاله علی نفوذ عهد الإنسان عند موته فیماکان قبله تحت سلطانه، وأنّ سلطنته علیه باقیه إذا عهد فیه بأمر، وأمّا کونه سلطاناً عند موته علی ما لم یکن سلطاناً علیه قبل ذلک، کما هو قضیّه الملک القهریّ فلاتدلّ علیه. (البروجردی). * الظاهر أنّ تحقّق الوصیّه وترتّب الأحکام علیها من حرمه التبدیل وغیرها لا-یتوقّف علی شیء، لکنّ حصول الملکیّه للموصی له یتوقّف علی عدم الردّ، بحیث یکون الردّ مانعاً لظهور(کذا فی نسخه الأصل، والظاهر أن الأصحّ (مانعاً من ظهور).) الإجماع، ولولاه لم یتوقّف علیه أیضاً.وما أفاده سیّدنا العلّامه الاُستاذ قدّس سرّه دلیلاً- علی اعتبار القبول، من أنّ أدلّهالوصیّه غایتها الدلاله علی نفوذ عهد الإنسان عند موته فی ما کان قبله تحتسلطانه، وأنّ سلطنته علیه باقیه إذا عهد فیه بأمر، وأمّا کون سلطانه عند موته علی مالم یکن سلطاناً علیه قبل ذلک، کما هو قضیّه الملک القهری فلا تدلّ علیه، یمکن المناقشه فیه بمنع کون أدلّه الوصیّه غایتها الدلاله علی مجرّد ذلک.کیف، والمحذور لا- یندفع بمجرّد اعتبار القبول بعد مغایرتها مع سائر العقودفی حصول الموت بین الإیجاب والقبول، وتحقّق الفصل الطویل وغیرهما،وکون الملک القهریّ خلاف الارتکاز العرفیّ غیر ثابت؟! فالظاهر أنّه مع عدم قیام الإجماع لم یکن یتوقّف حصول الملکیّه علی شیء، ولم یمنع عنهاشیء، کما عرفت. (اللنکرانی).

العقود(١) ، . . . .

ص:٥٣٩

١- الّذی یقتضیه التحصیل هو: أنّ القبول وإن کان معتبراً فی تحقّق الموصیبه جزءاً أو شرطاً لکنّه غیر معتبرٍ فی تحقّق الوصیّه حتّی تکون من العقودبـذلک، فالإیجاب من الموصی کافٍ فی صدق أنّه أوصی بکـذا، وفی ترتّب أحکامها من حرمه التبدیل والتصرّفات المزاحمه وإن کان غیر کافٍ فی تحقّق الموصی به فی الجمله فالوصیّه بما هی وصیّه من الإیقاعات مطلقاً وإن کانت جزءالسبب للملکیّه؛ ولذا لا تبطل بتخلّل الموت بین إیجابها وقبولها، مع أنّ اعتبارالمعاقده مع تخلّله غیر معقول. (البروجردی). * الظاهر أنّ تحقّق الوصیّه وترتّب الأحکام علیها من حرمه التبدیل وغیرها لا یتوقّف علی القبول، لکنّ تملّک الموصی له متوقّف علیه، فلا یتملّک قهراً،فالوصیّه من الإیقاعات، لکنّها جزء سببٍ لحصول الملک للموصی له. (الخمینی). * وهو الأقوی، والظاهر أنّ الوصیّه اصطلاحاً: عباره عن العهد المتعلّق بأُمورٍراجعهٍ إلی [ما] (أضفناها لاقتضاء السیاق.) بعد الموت، وهی لیست عنواناً قبال سائر العناوین من العقودوالإیقاعات حتّی یبحث فی أنّها من أیّهما، فکما أنّ العهود الراجعه إلی اُمور الناسحال حیاتهم مختلفه ــ بعضها عقود وبعضها إیقاعات وبعضها شرائط وبعضها وعدوبعضها استدعاء ــ فکذلک العهود الراجعه إلی [ما] (أضفناها لاقتضاء السیاق.) بعد الموت.فإن کان تملیک عینٍ أو منفعهٍ أو نقل حقٍّ أو تسلیطاً أو وکالهً فهو عقد، کمافی حال الحیاه.وإن کان عتقاً أو إبراءً أو إسقاطاً فهو إیقاع.وإن کان عهداً راجعاً إلی تجهیزه وصلاته وصومه وحجّه وردّ أمانته وأمثال ذلک فهو إذن واستدعاء.والفرق: أنّ العهود الراجعه إلی [ما] (أضفناها لاقتضاء السیاق.) بعد الموت معلّقه بالموت، بخلاف الراجعه إلی حال الحیاه؛ حیث إنّها منجّزه. وأمّـا نفوذ أیّ عقدٍ أو إیقاعٍ وجواز العمل بأیّ عهدٍ أو وجوبه أو عدمه فهو تابع للدلیل. وحیث إنّها اعتبرت للتصرّف بعدالموت فلا یضرّها التعلیق بالموت، وتخلّل الموت بین الإیجاب والقبول، ولا بین الإنشاء والمنشأ عقداً کان أو إیقاعاً.والحاصل أنّه یعتبر فی التملیکیّه القبول، وکذا فی العهدیّه إن کانت راجعهًإلی التصرّف فی ماله أو بدنه، أو إلی أمرِ مَن یکون علیه الولایه؛ لأنّ هذه فی الحقیقه وکاله وتحتاج إلی القبول، وإن لم تکن راجعه إلیه کاستدعاء عملٍبعد موته فلا یعتبر فی جواز العمل بها القبول وإن کان فی وجوبه علی الموصی إلیه یحتاج إلیه أحیاناً.وأمّا إذا کانت عهداً بتملیک الغیر أو إعطاء شیءٍ إیّاه فلا إشکال فی اعتبارقبول ذلک الغیر بعد تملیک الوصیّ أو إعطائِه إیّاه، وإن ردّ فالمال للوارث، أو یصرففی الخیرات إن کان من الثلث. (محمّد رضا الگلپایگانی).

أو شرطاً(۱) على وجه الكشف أو النقل، فتكون من الإيقاعات(۲) .

ويحتمل(۳) قويّاً(۴) . . . .

ص:۵۴۱

۱- الظاهر من موارد استعمالاته ومشتقّاته فی هذا الباب هو کونها اسم مصدر، بمعنى العهد إلى الغیر، وهو الجامع بین الوصیّه التملیکیّهوالعهدیّه، وإنّما الاختلاف فی متعلّق العهد إلى الغیر، فتارهً یکون مالاً ـعیناً کان أو منفعهً أو حقّاً متعلّقاً بهما، وتارهً یکون عتق عبده، وتارهً یکون فعل الغیر المتعلّق بما یرجع إلى نفسه أو إلى صغاره وأموالهم. (جمال الدین الگلپایگانی).

۲- الأصحّ أنّها برزخ بین العقد والإیقاع، ومثلها الوکاله والجعاله والوقففی بعض أنواعه، کما شرحنا ذلک فی تحریرالمجلّه وغیرها من مولّفاتنا،فراجع (کاشف الغطاء).

۳- وهو الظاهر. (جمال الدین الگلپایگانی). * بل الأظهر عدم الاعتبار، بل لا ـ دلیل على مانعیّه الردّ إلّا أن یتمّ الأمر بالضرورهالفقهیّه. (تقی القمّی).

۴- ضعفه ظاهر. (النائینی). * هذا هو الأقوى؛ لعدم الدلیل على اعتبار القبول فی الوصیّه مطلقاً، والّذی یظهرمن الأخبار(الوسائل: الباب (۸) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱، ۲، ۳، ۴، ۵.) ویساعده الاعتبار العرفی أنّ الردّ رادّ. (الفانی). * وأمّا ما قرّره بعض الأعاظم ؛(راجع کتاب الوصایا والمواریث للشیخ الأنصاری: ۲۶ ــ ۲۸.) من أنّ أدلّه الوصیّه إنّما تدلّ على بقاء سلطان الشخص فی ما کان قبله تحت سلطانه، ولا تدلّ على سلطنته على ما لم یکن سلطاناً علیه قبل موته کالملک القهریّ، ففیه: أنّه لا بُعدَ فی دلاله الأدلّه على أزیدمن ذلک، کما هو ظاهر قوله تعالى : (فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى ٱلَّذِينَيُبَدِّلُونَهُ)(البقره: ۱۸۲.) کیف، ولا یندفع المحذور باشتراط القبول؛ فإنّ الفصل الطویل بین إنشاء التملیک وقبوله قد یکون بعشره أعوام، ولا یجوز مثل ذلک فی حال الحیاه،وعلم القابل والتفاته من حین الإیجاب إلى القبول یعتبر فی العقود المعهوده، ولایعتبر فی الوصیّه التملیکیّه قطعاً. (الشریعتمداری). * التقویه لا تخلو من شوب الإشکال، فلا یُترک الاحتیاط بالقبول. (المرعشی). * بل الأقرب أنّ الوصیّه التملیکیّه عقد، والقبول کاشف، لا ناقل. (محمّد الشیرازی). * الظاهر عدم کون القبول جزءاً، ولولا الإجماع لقلنا بعدم اعتباره أصلاً، وعدم کون الردّ مانعاً؛ وعلیه فهذا الاحتمال هو الصحیح؛ لأنّه المتیقّن من معقده. (الروحانی).

عدم اعتبار(۱) القبول(۲) . . . .

۱- بل الأقوی بمقتضی الأصل الاحتیاج إلی القبول مطلقاً، غایه الأمر بنحو الشرطیّهللإیجاب، لا بنحو الجزئیّه لعقدٍ علی حدّ سائر العقود. (آقا ضیاء). * هذا هو الأقوی. (حسن القمّی).

۲- الأقوی ما علیه المشهور؛ لأنّ أدلّه الوصیّه لا تدلّ علی أزید من نفوذ ما عهد الإنسان عند موته فی ما کان قبله تحت سلطانه، فلا تدلّ علی سلطنته عند موتهعلی ما لم تکن له السلطنه علیه قبل ذلک. (الإصطهباناتی). * لا قوّه فی هذا الاحتمال، بل الظاهر أنّها تحتاج إلی القبول، کما ذهب إلیه المشهور. (البجنوردی).

فیها[1] ، بل یکون الردّ مانعاً[2] ؛ وعلیه تکون من الإیقاع الصریح[3] .

ودعوی: أنّه یستلزم الملک القهریّ[4] ــ وهو باطل فی غیر مثل الإرث ــ

ص:۵۴۳

۱- هـذا الاحتمـال هو الصـحیح، بـل لا دلیل علی کون الردّ مانعاً سوی ظهور التسالم علیه، فإن تمّ إجماع، وإلّا فلا وجه له أیضاً. (الخوئی).

۲- علی مـا ادُّعی الاتّفـاق علیه، فـإن ثبت إجمـاع فهو وإلّـا فمقتضـی عموم الأـدلّه و إطلاقها عـدم کون الردّ مانعاً أیضاً. (حسـن القمّی).

۳- فیه تأمّل. (المرعشـی). * هـذا خلاف ما ارتکز عنـد العرف من کون التملیک والتملّک عقداً لا إیقاعاً،فلابدّ لإثباته من دلیلٍ شرعیٍّ تعبّـدیٍّ، ولیس فی أدلّه الوصـیّه مـا یـدلّ علی ذلـک،إلّا ما دلّ علی أنّه لو مات الموصـی له قبل موت الموصِـی فالوصـیّه لوارثه،وظاهر بعضه عـدم اعتبار القبول حتّی من الوارث، ویُبعِّده: ما ذُکِر من ارتکازاحتیاجها إلی القبول عنـد العامّه، فیُحمَل علی أنّ الوصـیّه لوارث الموصـی له مع قبوله، فـالمتیقّن ممّـا ثبت به تعبّـداً علی خلاـف القاعـده قیام الوارث مقامه معقبوله، لا بـدون القبول. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- الوصـیّه من الأسـباب المُمَلِّکه شـرعاً وعرفاً، فلا معنی للإشکال بأنّ عدماشتراط القبول یستلزم قهریّه حصول الملک، اللهمّ إلّا أن یراد بـذلک أنّه لا سـلطنه لشـخصٍ علی آخر وإن کان بتملیک شـیءٍ له، ویـدفع ذلک: أنّ سـلطنه الردِّ بیـده،فهـذا المحـذور مندفع. (الفانی).

مدفوعه: بأنّه لا مانع منه عقلاً، ومقتضى(۱) عمومات(۲) الوصيّه ذلك، مع أنّ الملك القهريّ موجود في مثل الوقف.

إيقاع القبول بعد وفاه الموصى

(مسأله ۲) : بناءً على اعتبار القبول في الوصيّه يصحّ إيقاعه بعد وفاه المُوصِي بلا إشكال، وقبل وفاته على الأقوى(۳) . ولا وجه لِما عن جماعهٍ :

من عدم صحّته حال الحياه؛ لأنّها تمليك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيّه فلا محلّ له؛ ولأنّه كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفيان حال الحياه؛ إذ نمنع عدم المحلّ له؛ إذ الإنشاء المعلّق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له(۴) ، والكشف والنقل إنّما يكونان بعد تحقّق(۵) المعلّق عليه، فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

۱- بل ومقتضى القاعده توقّف الوصيّه على قبول الوصيّ إذا تضمّنت إلزامه بعمل، إلّاأن يثبت خلاف ذلك، وأمّا الوصيّه التمليكيه إذا كانت وصيّهً بالنتيجه فلابدّ من دليليدلّ على نفوذها من دون قبول الموصى له. (صدرالدين الصدر). * بل المقتضى توقّفه عليه؛ لِما أشرنا إليه، وخلافه لو ثبت لكان من باب التعبّدالمحض، على خلاف القاعده الارتكازيّه الشرعيّه والعرفيّه. (المرعشي).

۲- لا يذهب على المتأمّل أنّ غايه المستفاد من أدلّه الوصيّه نفوذ عهد الموصِي بعدموته فيما كانت له عليه سلطه في حياته، ولا تدلّ على سلطته على ما ليس له التسلّط عليه في حياته. (المرعشي).

۳- بناءً على كون الوصيّه من العقود، وإلّا ففي كفايته إشكال. (الكوه كَمَري). * محلّ تأمّل وإشكال. (البروجردي).

۴- والقياس على بيع ما سيملكه وقبوله مع الفارق. (اللنكراني).

۵- غايه الأمر عدم ترتّب ثمرهٍ على الكشف والنقل في خصوص هذه الصوره، وهولا يقدح في أصل المطلب. (اللنكراني).

ما يجب عند ظهور أمارات الموت

(مسأله ۳) : تتضيّق الواجبات الموسّعه بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات، والصيام، والنذور المطلقه، والكفّارات ونحوها، فيجب(۱) المبادره إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه تجب(۲) الوصيّه بها، سواء فاتت لعذر أم لا لعذر؛ لوجوب تفريغ الذمّه بما أمكن فی حال الحياه،وإن لم تجرِ(۳) فيها النيابه، فبعد الموت تجری فيها يجب(۴) التفريغ(۵) بها بالإيصاء.

وكذا يجب(۶) ردّ(۷) أعيان(۸) . . . .

۱- لا وجه للبدار وجوباً؛ فإنّ الاستصحاب الاستقباليّ فی البقاء يقتضی جوازالتأخير. (تقی القمّی).

۲- إذا كان عنده أموال الناس، أو كان عليه حقوق وواجبات يعلم بها الورثه، ويطمئنّ بإيصالهم وتأديتهم على ما هی عليها لا يجب الإيصاء بها وإن كان أولی، بل أحوط.(الخمينی). * هذا فيما يكون الامتثال متوقّفاً على الوصيّه، ويعلم الموصی بأنّ الوصیّ يقوم بالمهمّه. (تقی القمّی).

۳- كالصلاه والصوم. (المرعشی).

۴- إطلاقه بحيث يشمل صوره العلم بعدم العمل بالوصيّه مشكل. (اللنكرانی).

۵- أی تفريغ الذمّه عنها بالنيابه. (الفيروزآبادی).

۶- لا وجه للوجوب مع كون المالك راضياً بالتأخير. (تقی القمّی).

۷- وذهب بعض إلى التخيير بين الردّ والإشهاد والوصيّه، وفيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالردّ فی صوره الإمكان. (المرعشی).

۸- إن لم يعلم برضا المالك ببقائها فی يد الورثه. (حسن القمّی). * أو الوصيّه بها أو الإشهاد، كلّ ذلك مع عدم علم الورثه بها، أو عدم الاطمئنان بردّهم، وإلّا فالظاهر أنّه لا يجب شیء من ذلك. (اللنكرانی).

أموال الناس(۱) الّتی کانت عنده، کالودیعه، والعاریه، ومال المضاربه، ونحوها، ومع عدم الإمکان تجب(۲) الوصیّه بها.

وکذا یجب(۳) أداء دیون النـاس(۴) الحالّه(۵) ، ومع عـدم الإمکـان أو مع کونها موجّلهً تجب الوصـیّه بها(۶) ، إلّـا إذا کانت معلومه، أو موثّقه(۷) بالأسناد المعتبره.

وکـذا إذا کـان علیه زکـاه أو خمس أو نحو ذلـک فـإنّه یجب علیه أداوها أو الوصـیّه بها. ولا فرق فی ما ذکر بین ما لو کانت له ترکه، أوْ لا إذا احتمل

۱- فیما کان لأصحابها مقتضٍ لذلک، أمّا إذا علم أنّ أصحابها راضون ببقائها عندورثته بعد موته فلا یجب. (محمّد الشیرازی).
۲- إطلاق الحکم ممنوع، بل لابدّ من التقیید، کما تقدّم نظیره فی الواجبات الموسّعه.(تقی القمّی).
۳- قد مرّ الإشکال فی الإطلاق فی نظیر المقام. (تقی القمّی).
۴- من دون فرقٍ بین صوره المطالبه وعدمها، کما أنّه لا یختصّ هذا الوجوب بما إذاظهرت أمارات الموت. (اللنکرانی).
۵- وإن لم تطالب. (المرعشی).
۶- وخیّر بعض بین الإشهاد والوصیّه، ولا یخلو من الإشکال. (المرعشی). * الملاک فی مثل المورد هو لزوم فعل کلّ ما له دخل فی حصول الفراغ، بحیث یخاف من ترکه ذهاب الحقّ وتضـییعه، فلا یکفی مجرّد الوصـیّه فی تحقّق الموافقه،ولا مجرّد العلم فی عدم اللزوم. (اللنکرانی).
۷- بحیث لا یکون للوصـیّه أثر، لا فی إثبات الحقّ، ولا فی إیصال الحقّ إلی أهله،وإلّا فالأحوط إن لم یکن أقوی وجوب الوصیّه بها. (حسن القمّی).

وجود(۱) متبرّع، أو أداءها من بیت المال.

حکم ردّ الموصی له الوصیّه

(مسأله ۴) : ردّ الموصـی له للوصـیّه مبطل(۲) لها(۳) إذا کان(۴) قبـل حصول الملکیّه(۵) ، وإذا کـان بعـد حصولها لا یکون مبطلًا لها؛ فعلی هذا إذا

ص:۵۴۷

۱- علی الأحوط. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- الردّ فی سائر العقود لا یکون مبطلًا، وکذا فی العقد الفضولیّ لولا الإجماع التعبّدی علی خلافه، وأمّا فی الوصـیّه فقبل القبول وبعـد موت الموصِی قـد تقـدّم حـاله، وأمّا فیها قبل موته فالمشـهور أنّه لا یکون مبطلًا، وهو الحقّ. (الروحانی). * قـد تقـدّم أنّ مقتضـی القاعده کون الوصـیّه من الإیقاعات، فما أفاده فی هذه المسأله والمسائل الآتیه من دخل القبول فی الصـحّه أو تأثیر الردّ فی إبطالها مبنیّ علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۳- مقتضـی مـا قـدّمنا من إطلاق الأدلّه عـدم تأثیر الردّ فی البطلان، کان قبل القبول أوبعـده، وقبل الموت أو بعـده، إلّا أنّه ادُّعی الإجماع علی إبطال الردّ بعد الموت قبل القبول، وفی غیره لا إجماع، ولا یبطل. (حسن القمّی).

۴- بناءً علی اشتراط القبول فی حصول الملکیّه وتحقّقه بعد الموت. (المرعشی).

۵- المعروف بینهم أنّ ردّ الوصـیّه حال حیاه الموصی لا یبطلها، وهو الصحیح وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ فی سـائر العقود فالظـاهر أنّه لایبطلهـا، فلو قبـل بعـده صـحّت، بل الأمر کـذلک فی العقـد الفضولیّ أیضاً إن لم یقم إجماع علی خلافه. (الخوئی). * لکن لا مطلقاً، بل المسـلّم مبطلیّته إذا وقع بعـد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ قبل الموت فسـیأتی حکمه. ثمّ التعبیر بالمبطل یناسب القول باشتراط القبول فی الملک إمّا جزءاً للعقـد، وإمّا دخیلًا فی الإیقاع، وأمّا علی القول بحصول الملکیّه بـالموتوکون الردّ رافعاً فینـاسب التعبیر بالفسـخ دون المبطـل، إلّا أن یُلتَزَم بـأنّ الردّ بوجوده المتـأخّر یمنع عن تأثیر الموت حین وقوعه، وهو فی غایه الإشکال، ولا یُلتَزَم بهفی غیر المورد. (محمّد رضا الگلپایگانی).

کان الردّ منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد(۱) القبول(۲) الواقع حال حیاه المُوصِی(۳) مع کون الردّ أیضاً(۴) کذلک یکون مبطلًا لها؛ لعدم

۱- قد عرفت أنّ تحقّق الوصیّه لا- یتوقّف علی مثل القبول، ولکن قام الإجماععلی أنّ الردّ مانع عن حصول الملکیّه، والقدر المتیقّن من معقده حصوله بعدالموت وقبل القبول، وفی غیره من الصور تحصل الملکیّه، ولا أثر للردّ أصلًا،ومنه انقدح أنّ الوجه فی مانعیّه الردّ هو الإجماع، لا أصاله عدم الملکیّه، کما هوظاهر العباره. کما أنّ الوجه فی عدم المنع فی مورده إطلاق أدلّه نفوذ الوصیّه، لاأصاله الملکیّه کذلک. (اللنکرانی).

۲- فیه تأمّل. (الفیروزآبادی). * فی مبطلیّه الردّ بعد القبول إشکال؛ للأصل بعد الفرق فی تأثیره فی الرفع والدفع،فلا یتوهّم حینئذٍ استصحاب آخر فی مانعیّه الردّ قبله، کما لا یخفی. (آقا ضیاء). * علی خلاف فیه. (المرعشی).

۳- ظاهر عباره کثیرٍ منهم عدم الاعتبار بالردّ الواقع قبل موت الموصِی مطلقاً بعدالقبول أو قبله. (محمّد رضا الگلپایگانی). * فی مبطلیّه الردّ إذا کان حال حیاه الموصِی وبعد القبول إشکال. (عبدالهادی الشیرازی).

۴- وتقریب ذلک: أنّ لزوم الوصیّه علی القابل مع جوازها للموجب مادام حیّاًیکون خارجاً عن إطلاق أدلّه اللزوم، وإن شئت قلت: إطلاق (أَوْفُوا بِالعُقُود)(المائده: ۱.) لا یشمل أحد طرفَی المعاقده، مضافاً إلی ما قلناه، من أنّ الردّ رادّ، لا أنّالقبول شرط. (الفانی).

حصول(۱) الملکیه(۲) بعدُ(۳) .

ص:۵۴۹

۱- التعلیل لا ینتج المعلَّل. (الفیروزآبادی). * هذا بالنسبه إلی الصوره الاُولی منافٍ لِما سبق منه من قوّه احتمال عدم اعتبارالقبول لحصول الملکیه بموت الموصی قبل قبول الموصی له قهراً، وإن کان هوالأقوی لِما سبق منّا من اعتباره فی حصول ملکیّته، نعم، لو قیل بأنّ الردّ کاشف عنعدم الملکیه بالموت یرتفع التنافی، لکنّه ضعیف. (الخمینی).

۲- هذا فی الصوره الثانیه، وکذلک فی الاُولی؛ بناءً علی اعتبار القبول ولو شرطاً، وأمّاعلی ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملکیه حاصله بمجرّد الموت،فاللازم علی هذا: إمّا الالتزام بانحصار مبطلیّه الردّ بما إذا وقع قبل موت الموصی،أو عدم اختصاص مبطلیّته بکونه قبل حصول الملکیه، وهو لا یقول به. (الإصفهانی). * المنجزه. (الفانی). * التعلیل فی الفرض الأوّل مبنیّ علی جعل الردّ کاشفاً عن عدم حصول الملکیه،وإلّا فلا یُلائم مبناه المتقدّم من عدم اعتبار القبول فی تحقّق الملکیه. (المرعشی). * إنّما یصحّ هذا فی الصوره الاُولی، أمّا فی الثانیه فمشکل. (محمّد الشیرازی).

۳- هذا صحیح فی الصوره الثانیه، وأمّا فی الاُولی فمبنیّ علی کون الردّ کاشفاً عن عدم حصول الملکیه بعد الموت، وهو ضعیف، ولم أجد به قائلاً منّا، وإن قال بهالشافعی فی أحد أقواله، وأمّا علی القول بحصولها بالموت وارتفاعها بالردّ __ کماقال به جماعه منّا __ فلا یصحّ ذلک. (البروجردی). * هذا بناءً علی ما استظهرنا من الاحتیاج إلی القبول فی حصول الملکیه، وأمّا بناءًعلی ما احتمله قویّاً من عدم احتیاج حصول الملکیه علی القبول فلا یستقیم فی الصوره الاُولی. (البجنوردی). * هذا فی الصوره الثانیه، وکذلک فی الاُولی؛ بناءً علی اعتبار القبول ولو شرطاً، وأمّا علی ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملکیهحاصله بمجرّد الموت، فاللازم علی هذا: إمّا الالتزام بانحصار مبطلیّه الردّ بماإذا وقع قبل موت الموصی، أو عدم اختصاص مبطلیّته بکونه قبل حصول الملکیه،وهو لا یقول به. (عبدالله الشیرازی). * بناءً علی کون الوصیّه من العقود. (السبزواری).

وإذا كـان بعـد الموت وبعـد القبول لاـ يكون مبطلاً، سواء كان القبول بعـد الموت أيضاً أم قبله(١) ، وسواء كـان قبـل القبض أم بعـده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض فى صـحّتها؛ لعدم الدليل على اعتباره؛ وذلك لحصول الملكيّه حينئذٍ له فلا تزول بالردّ.

ولا دليل على كون الوصـيّه جائزةً بعد تماميّتها بالنسـبه إلى المُوصـى له، كما أنّها جائزه بالنسـبه إلى المُوصِى؛ حيث إنّه يجوز له الرجوع فى وصيّته، كما سيأتى.

وظـاهر كلمـات العلماء ــ حيث حكموا ببطلانها بالردّ ــ عـدم صـحّه القبول بعـده(٢) ؛ لأـنّه عنـدهم مبطل للإيجاب الصادر من المُوصِى، كما أنّ الأمر كذلك فى سائر العقود؛ حيث إنّ الردّ بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا

١- بناءً على كفايه ذلك. (الكوه كَمَرى).

٢- صـحّه القبول بعـد الردّ حال حياه الموصـى إنّما هو لبقاء الوصـيّه، وعـدم الرجوع فيها بعد فرض عدم لزوم الموالاه. وأمّا عدم صحّه القبول بعـد الردّ بعـد الموت فإنّماهو لعـدم بقائها، فالفرق بينهما واضح، ولا تنافى بين القولَين، بل وممّا ذكرنا نعرف الفرق بين الوصيّه وسائر العقود، فالقياس مع الفارق. (صدرالدين الصدر).

تأخیر(۱) ، وکما فی إجازه الفضولیّ حیث إنّها لا تصحّ بعد الردّ، لکن لا یخلو من إشکال(۲) إذا کان المُوصِی باقیاً(۳) علی إیجابه(۴) . بل فی سائر العقود(۵)

۱- ویکفی فی الفرق بینها وبین سائر العقود عدم لزوم الموالاه فیها. (المرعشی).

۲- لا إشکال فیه بناءً علی کون الوصیّه من العقود، کما لا إشکال فی غیرها، نعم ،بناءً علی الشرطیّه أو عدم الاعتبار أصلاً یقع الإشکال فی المقام. (الکوه کَمَری). * فیما إذا کان الموصِی باقیاً علی إیجابه الظاهر منه حال حیاته، نُسب إلی المشهورعدم تأثیر الردّ، بل یجوز له القبول بعد حیاته، وکیف کان لا یبعد الصحّه بعد الردّوإن قلنا بالبطلان فی الفضولیّ والإیجاب فی سائر العقود، ولا۔ أظنّ تحقّقَ إجماعٍفی المقام. (الخمینی). * ظاهر الإشکال یُعطِی أنّهم حکموا بإبطال الردّ فی حال الحیاه أیضاً، مع أنّک عرفت أنّ المتیقّن بل الظاهر من کلماتهم اختصاصه بما بعد الموت. (اللنکرانی).

۳- فی نفسه ولم یرده. (المرعشی). * ظاهر هذه العباره موهِم لکون المقصود حال حیاه الموصِی، مع أنّهم لم یحکموابطلان الإیجاب بالردّ حال حیاه الموصی، کما مرّ فی الحاشیه السابقه. (محمّد رضاالگلپایگانی).

۴- إنّما حصل هذا الإشکال والإشکال الآتی من تقطیعه کلامهم؛ فإنّهم إنّما حکموابإبطال الردّ فیما إذا ردّها بعد الموت، لا حال الحیاه، کما هو الأقوی، بل علّله بعضهم ببقاء الوصیّه فی نفس الموصی ما دام حیّاً، فلا یرد علیهم هذا، ولا ما سیأتیمن سوال الفرق بین الحالَین، نعم، یبقی سوال الفرق بین الردّ والقبول حال الحیاهعلی مَن فرَّق بینهما، وله أیضاً وجه، لکنّه محلّ تأمّل. (البروجردی). * فیکون قبوله للإیجاب المستمرّ ردّاً لردّه السابق. (الفانی).

۵- لا مجال للالتزام به فیها؛ لمجیء الشکّ فی أصل العقدیّه بعده، بخلاف المقام،وهکذا أیضاً یشکل فی الفضولیّ؛ للشکّ معه فی إضافه العقد إلی المجیز بعد ردّه.(آقا ضیاء).

أيضاً مشكل(۱) إن(۲) لم يكن إجماع(۳) ، خصوصاً في الفضوليّ؛ حيث إنّ مقتضى(۴) بعض الأخبار(۵) صحّتها ولو بعد الردّ.

۱- ولكنّه الأقوى حتّى في الفضوليّ. (النائيني، جمال الدين الگلپايگاني). * لا إشكال في سائر العقود، وفي إجازه الفضوليّ، وإنّما يختصّ الإشكال بما نحنفيه من جهه الإشكال في كون القبول جزءاً للعقد، أو شرطاً خارجاً، بل قد مرّ سابقاً احتمال عدم كونه شرطاً أيضاً. (الإصفهاني). * الظاهر أنّه لا إشكال في أنّ الردّ مبطل في الفضوليّ وفي سائر العقود أيضاً، إلّاأن يُنشئ إيجاباً جديداً. (البجنوردي). * الظاهر عدم الإبطال أيضاً في سائر العقود وفي الفضوليّ ما لم يقم إجماع على الإبطال. (حسن القمّي).

۲- الظاهر أنّه لا إشكال فيها بعد البناء على كونها عقوداً، ولا احتياج إلى التمسّك بالإجماع المعلوم عدمه، بل يكفي التوافق مع القاعده. (المرعشي).

۳- الأقوى في العقود أيضاً صحّه القبول بعد الردّ إذا كان الموجب باقياً على إيجابه، منتظراً لأن يبدو له فيقبله، وليست أمثال هذه لِيُدّعى فيها الإجماع، نعم،إن حصل له انصراف عن الإيجاب بردّه أو فاتت الموالاه المعتبره في المعاقدهبطل بلا إشكال. (البروجردي).

۴- كما أنّ له خصوصيّةً في عدم البطلان للخبر كذا له خصوصيّه في البطلان؛ حيثإنّ الردّ فيه متعلّق بما هو بمنزله فعل نفسه، ولا يعتبر باقياً مع ردّه. (البروجردي).

۵- [۵] الوسائل: الباب (۲۳) من أبواب الوصايا، ح۶، والباب (۴۷)، ح۱.

ودعوی عدم صدق المعاهده عرفاً إذا کان القبول بعد الردّ ممنوعه(۱) .

ثمّ إنّهم ذکروا: أنّه لو کان القبول بعد الردّ الواقع حال الحیاه صحّ، وهو أیضاً مشکل(۲) علی ما ذکروه؛ من کونه مبطلاً للإیجاب؛ إذ لا فرق حینئذٍ

۱- الممنوعه ممنوعه؛ لأنّ المعاهده اللازمه فی العقود لابدّ وأن تکون بالقول بحیث یصدق عنوان العقد، والعقد عباره عن الإیجاب والقبول المتّصلَین، وفی الفضولیّ لابدّ أن تکون الإجازه باللفظ غیر المنفصل بالردّ عن العقد حتّی یُسنَد العقد إلیالمجیز؛ حیث إنّ الظاهر من قول الله تعالی : (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)(المائده: ۱.) أی عقودکم، وربّماهذا مراد صاحب الدعوی. (عبدالله الشیرازی). * المنع ممنوع. (المرعشی). * الإنصاف أنّ دعوی الجزم بصدق المعاهده مع وقوع الردّ بین الإیجاب والقبول مشکله، والحکم بالصحّه فی الوصیّه علی القول بها مبنیّ علی استدلالٍ ضعیفٍ منهم؛ بأنّ الردّ والقبول حال حیاه الموصِی لا أثر له، اللهمّ إلّا أن یقال: إنّ بقاءالوصیّه بعد الردّ بمنزله وصیّهٍ جدیده، ولکنّه ممنوع، وإلّا فیمکن أن یقال بذلک فیسائر العقود أیضاً. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- لکنّه الأقوی. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * لا إشکال فیه؛ لأنّ الردّ الّذی فی حال الحیاه مع عدم انصراف الموصی عن وصیّته وبقاءه علی حاله لا أثر له. (البجنوردی). * هذا الإشکال مدفوع ببقاء الإیجاب مادام الموصی حیّاً. (الفانی). * فیما إذا کان الموجب باقیاً علی إیجابه، ولم یتحقّق منه انصراف، ولم تَفُتِ الموالاه، وإلّا فلا إشکال فی البطلان، ومنه یظهر بطلان القبول بعد الردّ الواقع بعد الموت؛ لعدم بقاء الموجب أصلاً، کما أنّه ظهر من الحاشیه السابقه عدم بطلانالقبول بعد الردّ مع وقوعهما حال الحیاه؛ لعدم کون الردّ حالها مبطلاً. (اللنکرانی).

بین ما کان فی حال الحیاه أو بعد الموت، إلّا إذا قلنا: إنّ الردّ والقبول لا أثر لهما حال الحیاه، وإنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت، وهو محلّ منع(۱) .

قبول أحد شیئین أو بعض شیء من قبل الموصی له

(مسأله ۵) : لو أوصی له بشیئَین بإیجابٍ واحدٍ فقبل الموصی له أحدهما دون الآخر صحّ(۲) فیما قبل(۳) ، وبطل فیما ردّ(۴) ، وکذا(۵) لو أوصی له بشیءٍ فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً وردّ بعضه(۶) الآخر(۷) ،

۱- بل وجیه. (الکوه کَمَری).

۲- لا یخلو من الإشکال. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی). * هذا فیما تکون الوحده بحسب مقام الإثبات، وأمّا لو کانت الوصیّهواقعهً علی المجموع من حیث هو وقبل الموصَی له أحد الأمرین أو بعض المشاع لا تصحّ، بلا فرقٍ بین کون القبول جزءاً أو شرطاً؛ إذ المفروض أنّ موضوع الأثر لم یتحقّق. (تقی القمّی).

۳- لا یخلو من الإشکال. (الإصطهباناتی). * بناءً علی الانحلال، وهو غیر صافٍ عن شوب الإشکال، ولکنّ الأرجح الصحّه. (المرعشی). * الحکم بالصحّه مشکل؛ لعدم تطابق القبول مع الإیجاب. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- بناءً علی کون الردّ مبطلاً. (حسن القمّی).

۵- والإشکال المذکور هنا أقوی. (المرعشی).

۶- الأقوی عدم تحقّق الملکیه بالنسبه إلی البعض مطلقاً، وفی بطلان الوصیّه أو عدم بطلانها بردّها فی البعض إشکال. (جمال الدین الگلپایگانی).

۷- الأقوی عدم تحقّق الملکیه بالنسبه إلی البعض مطلقاً، وفی بطلان الوصیّه أو عدم بطلانها بردّها فی البعض إشکال. (النائینی).

وإن لم نقل بصحّه مثل ذلك فی البیع ونحوه؛ بدعوی عدم التطابق حینئذٍ بین الإیجاب والقبول؛ لأنّ مقتضی(۱) القاعده(۲) الصحّه(۳) فی البیع(۴) أیضاً إن لم یکن إجماع(۵) . ودعوی عدم التطابق(۶)

۱- بل مقتضاها عدم الصحّه فی البیع إلّا فی صوره کون الانحلال فیه ظاهراً فی مقام الإنشاء، کما فی فرض تعدّد الثمن والمثمَن واستقلالهما فی اللحاظ وفی نظر العرف کما أنّ مقتضاها الصحّه فی الوصیّه، لکن لا مطلقاً. (المرعشی).

۲- فیه نظر. (الإصفهانی). * بل مقتضی القاعده الصحّه فی الوصیّه مطلقاً، والبطلان فی البیع، إلّا إذا رجع إلیتعدّد الثمن والمثمَن، وانحلال العقد إلی عقدَین، کبیع دارَینِ مثلاً بعقدٍ واحدٍ بعدمعلومیّه کلٍّ منهما ثمناً ومثمَناً، فالقیاس مع الفارض. (صدرالدین الصدر). * محلّ نظر. (الإصطهباناتی). * بل مقتضی القاعده فی البیع البطلان، إلّا فی بعض الموارد، کما لو جمع بین اُمورٍمستقلّهٍ فی اللحاظ والقیمه فی إنشاءٍ واحد، وأمّا فی الوصیّه فالأقوی الصحّه، إلّافیما استثناه. (الخمینی).

۳- بل مقتضاها البطلان فی مثل البیع والصحّه فی الوصیّه. (البروجردی). * بل مقتضی القاعده الصحّه فی الوصیّه، والبطلان فی مثل البیع. (الشریعتمداری). * بل مقتضی القاعده البطلان فی مثل البیع، خصوصاً فی الفرض الثانی، وعدم البطلان فی الوصیّه؛ لما عرفت من عدم اعتبار القبول فی تحقّقها، بل الردّ مانع عن حصول الملکیّه؛ لقیام الإجماع؛ وعلیه یمکن أن یقال بعدم البطلان حتّی فی الشیءأو البعض المردود؛ لأنّ القدر المتیقّن من مانعیّه الردّ هو ردّ المجموع. (اللنکرانی).

۴- مع خیار تبعّض الصفقه للبائع. (الفانی).

۵- لیس المانع منحصراً فی الإجماع. (الکوه کَمَری).

۶- عدم التطابق بین الإیجاب والقبول ظاهر، وکون القاعده مقتضیهً للصحّه بالنسبهإلی بعض المبیع مثلاً عند تبعّض الصفقه أجنبیّ عن المقام بالکلّیه. (جمال الدین الگلپایگانی).

ممنوعه(۱) ، نعم، لو عُلِم(۲) من حال المُوصِی إرادته تملیک(۳) المجموع من حیث المجموع(۴) لم یصحّ التبعیض(۵) .

۱- عـدم التطـابق بین الإیجاب والقبول ظاهر، وکون القاعـده مقتضـیهً للصـحّه بالنسـبهإلی بعض المبیع مثلًا عنـد تبعّض الصـفقه أجنبیّ عن المقام بالکلّیّه. (النائینی). * منع الدعوی المذکوره فی غیر محلّه. (الإصفهانی). * ممنوعیّتها ممنوعه. (الإصطهباناتی). * عـدم التطـابق بین الإیجـاب والقبول بحسب الظـاهر واضـح، إلّا أن یُـدَّعی انحلاـل الإیجاب إلی إیجابَین، کالانحلال فی باب تبعّض الصـفقه، وهـو لیس ببعیـد.(البجنـوردی). * عـدم التطـابق واضـح، ومقتضـی القاعـده البطلاـن، نعم، القول بکون الوصـیّه إیقاعـاً،وکـون القبـول شـرطاً فی الموصَـی به، أو کـون الردّ رافعـاً فمقتضـی القاعـده صحّهالوصـیّه، والتبعیض فی تحقّق الوصـیّه واستقراره، لکنّه ضعیف. (محمّد رضاالگلپایگانی).
۲- بل مجرّد عدم العلم بالانحلال کافٍ فی عدم الصحّه. (المرعشی).
۳- بالإراده الإنشائیّه. (المرعشی).
۴- بمعنی کون کـلّ جزءٍ منه مقیَّداً بکونه مع سـائر الأـجزاء، فلا یتطرّق فیه ما قلنا فیباب تبعُّض الصـفقه من انحلال الإیجاب إلی إیجاباتٍ متعدّده، وأیضاً قبول البعض لایکون حینئذٍ من قبیل تخلّف الشرط. (البجنوردی).
۵- بـل صـحّ فیه أیضـاً؛ فإنّ تملیک المجموع من حیث إنّه مجموع لا محصّل له، إلّا أنیکون قبول الوصـیّه فی کلّ جزءٍ، أو عـدم ردّهـا علی القول بالاعتبار شـرطاً فی الوصـیّه بالجزء الآخر؛ وعلیه فلا یترتّب علی التخلّف إلّا الخیار دون البطلان.(الخوئی). * فیه نظر. (حسن القمّی). * بل صحّ فیه أیضاً. (الروحانی). * عدم الصحّه غیر ظاهر. (اللنکرانی).

تصرّف الورثه فی العین الموصی بها

(مسأله ۶) : لا یجوز(۱) للورثه(۲) التصرّف فی العین المُوصی بها قبل أن یختار الموصی له أحد الأمرین من القبول أو الردّ.

ولیس لهم إجباره علی اختیار أحدهما معجّلاً، إلّا إذا کان تأخیره(۳) موجباً للضرر علیهم(۴) ، فیجبره(۵) الحاکم حینئذٍ علی

۱- لابدّ من التفصیل بأن نقول: إن قلنا بأنّ القبول جزء أو شرط فیجوز التصرّف لإحراز عدم القبول بالاستصحاب الاستقبالیّ، وإن قلنا: إنّ الردّ مانع لا یجوز؛لإحراز عدم الردّ بالأصل. (تقی القمّی).

۲- بناءً علی مبناه من عدم کون الوصیّه عقداً. (المرعشی). * هذا علی ما اختاره من عدم اعتبار القبول، وحصول الملک بالموت، وکون الردّمانعاً بناءً علی إراده الرفع من المنع فواضح، وأمّا علی غیر هذا المبنی فالحکم مبنیّ علی الاحتیاط دون الإلزام؛ لعدم الملزِم، خصوصاً علی القول بکون الوصیّه عقداً.(محمّد رضا الگلپایگانی).

۳- تأخیر الاختیار بما هو لا یوجب الضرر بوجه، بل الموجب علی فرضه تأخیرالردّ فیما إذا اختاره، وحینئذٍ فلا وجه لإجبار الحاکم. (اللنکرانی).

۴- التأخیر إنّما یوجب تفویت الانتفاع لو أخّر الردّ، لا الضرر، فلا وجه لإجبارالحاکم. (الروحانی).

۵- فیه إشکال؛ لعدم الدلیل، فإنّ القاعده ناظره إلی النهی عن الإضرار. (تقی القمّی). * فی صوره تضرّرهم فی التأخیر إن أمکن الإجبار، وإلّا فیتولّاه الحاکم بنفسه علی إشکال. (المرعشی).

اختيار أحدهما(۱) .

موت الموصى له قبل القبول أو الردّ وقيام الوارث مقامه

(مسأله ۷) : إذا مات الموصى له قبل القبول أو الردّ فالمشهور قيام وارثه(۲) مقامه فی ذلک، فله القبول إذا لم یرجع الموصی عن وصیّته،من غیر فرقٍ بین کون موته فی حیاه الموصی أو بعد موته، وبین علم الموصی بموته وعدمه. وقیل(۳) بالبطلان بموته قبل القبول(۴). وقیل(۵) بالتفصیل بین ما إذا علم أنّ غرض الموصی خصوص الموصی له فتبطل، وبین غیره فلورثته. والقول الأوّل(۶) وإن کان علی خلاف(۷)

ص:۵۵۸

۱- لا وجه له ولو قلنا باعتبار القبول فی صحّه الوصیّه؛ إذ لا ضرر علی الورثه فیالتأخیر، غایه الأمر أنّه یفوِّت علیهم الانتفاع علی تقدیر تأخیر الردّ. (الخوئی).

۲- بناءً علی کونه حقّاً مالیّاً، وبناءً علی صدق المتروک علیه کسائر الحقوق.(المرعشی).

۳- وهو الأظهر. (تقی القمّی).

۴- [۴] الدروس للشهید الأوّل: ۲/۲۹۶

۵- [۵] شرائع الإسلام: ۲/۴۶۸.

۶- خبره محذوف یدلّ علیه الکلام. (اللنکرانی).

۷- کونه علی طبق القاعده قریب جدّاً بعدما ذکرناه من أنّ القبول مع اعتباره فیتحقّق الموصی به غیر معتبرٍ فی الوصیّه؛ إذ ینتزع منها حینئذٍ للموصی له حقّ مالیّ یصدق علیه بعد موته أنّه من متروکاته، نظیر حقّ التحجیر. (البروجردی).

القاعده(۱) مطلقاً بناءً(۲) على اعتبار القبول فى صحّتها ــ لأنّ المفروض أنّ الإيجاب مختصّ بالموصى له(۳) ، وكون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع، كما أنّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث أيضاً محلّ منع صغرىً وكبرىً؛ لمنع كونه حقّاً(۴) ، ومنع كون كلّ حقٍّ منتقلاً إلى الوارث حتّى مثل ما نحن فيه من الحقّ الخاصّ به الّذى لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قوّينا من

۱- لا ريب فى أنّ ما تركه الميّت ممّا يكون قابلاً للإرث عيناً أو منفعه أو حقّاً فهولمالكه، والوصيّه مستلزمه لحقٍّ مالىٍّ قائم على مال الموصِى للموصَى له، فما يظهرمن صحيح محمّد بن مسلم(الوسائل: الباب (۳۰) من كتاب الوصايا، ح۴.) ويؤيّده صحيح المثنى(الوسائل: الباب (۳۰) من كتاب الوصايا، ح۳.) وخبر الساباطى(الوسائل: الباب (۳۰) من كتاب الوصايا، ح۲.) موافق للقاعده، وهذا المعنى أظهر فى الوصيّه التمليكيّه. (الفانى). * لا يبعد أن يكون على وفقها؛ بناءً على ما مرّ فى حقيقه الوصيّه. (الخمينى). * قد عرفت توافقه معها بناءً على ما تقدّم. (المرعشى).

۲- وأمّا بناءً على عدم اعتباره فى تحقّق الوصيّه ــ بل فى تحقّق الملكيّه ــ فليس على خلاف القاعده؛ لأنّه قبل القبول يكون للموصى له حقّ مالىّ متعلّق بالموصى به،كحقّ التحجير، ويرثه الوارث. (اللنكرانى).

۳- فلا تطابق بين جزءَى العقد بناءً على تلقّى الوارث الملك من الموصِى. (المرعشى).

۴- قد عرفت ممّا مرّ منع منع الصغرى، وأنّ احتمال صدق الحقّ المالى عليه وكونه متروكاً بعد كون قبول الوارث للمورث قريب جدّاً. (المرعشى). * ويشهد لذلك: عدم كونه قابلاً للإسقاط والالتزام بكونه قابلاً للنقل بالإرث دون الإسقاط فى غايه الإشكال. (محمّد رضا الگلپايگانى).

عـدم اعتبار القبول فيها، بل كون الردّ مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صوره موته قبل موت الموصـى له؛ لعدم ملكيته فى حياه الموصـى ـ لكنّ الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحّه، كما هو المشهور؛ وذلك لصحيحه(۱) محمّد بن قيس(۲) الصـريحه فى ذلـك، حتّى فى صوره موته فى حياه الموصـى، المويَّدَه(۳) بخبر الساباطىّ(۴) وصحيح(۵) المثّنى(۶) ، ولا يعارضها صحيحتا محمّد بن مسلم (۷)ومنصور(۸) بن حازم(۹) ، بعد إعراض(۱۰)

۱- والمعارض لها مخدوش من جهه الصدور، كما سيأتى. (المرعشى).

۲- المراد به البجلى الموثّق(راجع رجال النجاشـى: ۳۲۳، رجال الطوسى: ۲۹۳، موسوعه طبقات الفقهاء: ۲/۵۱۹.) عندهم لا غيره المحتمل، كما حقّق فى محلّه.(المرعشى).

۳- التعبير مشير إلى تضعيفه بكون الراوى مجهولاً لديهم، وعدم ظهور الخبر فى الوصيّه التمليكيّه. (المرعشى).

۴- [۴] الوسائل: الباب (۹) من أبواب الوصايا، ح۲

۵- [۵] الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب الوصايا، ح۲.

۶- لو اُغمض عن المناقشه فى دلالته. (المرعشى).

۷- [۷] الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب الوصايا، ح۴

۸- [۸] الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب الوصايا، ح۵

۹- أى موثّقته؛ لمكـان وجود ابن فضّال الطـاطرىّ الفطحىّ فى السـند، ويمكن أن يرادبالصـحّه المطلقه عليها الصـحّه القـدمائيّه. (المرعشى).

۱۰- لو سُلِّم، ولم يحتمل كون عدم عملهم بهما؛ لمكان أظهريّه دلاله روايه ابن قيس.(المرعشى).

المشهور(۱) عنهمـا، وإمكـان حملهما(۲) على محامـل منهـا التقيّـه؛ لأنّ المعروف بينهـم عـدم الصـحّه، نعـم، يمكـن دعـوى انصراف(۳) الصحيحه عمّا إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد(۴) .

بل ربّما يقال: إنّ محلّ الخلاف غير هذه الصوره، لكنّ الانصـراف(۵)ممنوع(۶) ، وعلى فرضه يختصّ الإشكال بما إذا كان موته قبل موت

ص:۵۶۱

۱- ويمكن أن يكون المراد من قوله فى الصـحيحه «ليس بشـىءٍ»، أنّ موت الموصِـى ليس بشىء، وليس نصّاً أو ظاهراً أقوى من ظهور صحيحه محمّد بن مسلم. (عبدالله الشيرازى).

۲- بل يمكن الجمع عرفاً بينهما بحسب الدلاله، بحيث لا ينافى الصحّه، وقيام الوارث مقام الموصى له بوجه. (اللنكرانى).

۳- دعوى الانصـراف ممنوعه، بل الغالب كون شـخص الموصى له مورداً لغرض الموصى، نعم، لو قيّد الوصيّه بحياه الموصى له بأن يقول: «هذا لك بعد حياتى إنكنتَ حيّاً» فلا ينتقل إلى وارث الموصى له بموته فى حياه الموصى؛ لروايهعبدالرحمن بن أبى عبدالله، عن أبى عبدالله عليه السّـلام (الوسائل: الباب (۴۴) من أبواب كتاب الوصايا، ح۳.). وكـذا لو قيّده بما يلازمه كأن يقول: إن فعلتَ كذا بعد موتى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- لا معنى للتقييد فى التمليك، اللهمّ إلّا فى الوصيّه العهديّه. (الفانى).

۵- إلّا إذا كانت الوصيّه له مقيّدةً بحياته. (عبدالله الشيرازى).

۶- إلّا إذا كانت الوصـيّه له مقيّدةً بحياته. (البروجردى). * حيث لم تقيّد الوصيّه بحياه الموصى له، كما فى الخبر. (المرعشى). * فيه تأمّل. (محمّد الشيرازى). * نعم، لو قيّد الوصيّه بحياه الموصى له بعد موت الموصى أو بما يلازمه فاللازم البطلان فى المقام؛ للروايه، وللاعتبار. (اللنكرانى).

الموصی، وإلّا فبناءً علی عدم اعتبار القبول بموت الموصی صار مالکاً بعد فرض عدم ردّه، فینتقل إلی ورثته.

فروع فی مسأله موت الموصی له

اشاره

بقی هنا اُمور(۱) :

الأوّل: هل الحکم یشمل ورثه الوارث؟

أحدها : هل الحکم یشمل(۲) ورثه الوارث، کما إذا مات الموصی له قبل القبول ومات وارثه أیضاً قبل القبول، فهل الوصیّه لوارث الوارث، أوْ لا؟

وجوه(۳) : الشمول(۴) ، . . . .

ص:۵۶۲

۱- بعد الإحاطه بما ذکرناه فی الحواشی السابقه یجب الاقتصار فی هذه الاُمور ومایتفرّع علیها علی ما یستفاد من الدلیل، مع إمکان المناقشه فی بعضها. (صدرالدین الصدر). * بعد الالتزام بالبطلان لا یبقی مجال لهذه الاُمور. (تقی القمّی).

۲- أقواها الشمول. (الشریعتمداری).

۳- والأقوی الشمول. (عبدالهادی الشیرازی). * أقواها الأوّل. (الخمینی). * ویمکن ابتناء بعضها علی الوجهَین الآتیَین فی الأمر الثانی. (المرعشی). * الأوّل هو الأقوی. (حسن القمّی).

۴- وهو الأظهر. (الفیروزآبادی). * وهو الأقوی. (البروجردی، الفانی، الروحانی). * بناءً علی کونه حقّاً للوارث ومتروکاً له. (المرعشی). * وهو الأقرب. (السبزواری، محمّد الشیرازی). * وهو الأقوی علی ما ذکرنا. (اللنکرانی).

وعدمه(۱) ؛ لكون الحكم على خلاف القاعده. والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حقّ القبول فتشمل، وكونه(۲) الأخبار(۳) فلا(۴) .

الثاني: قبول بعض الورثه وردّ بعضهم

الثاني : إذا قبل بعض الورثه وردّ بعضهم، فهل تبطل(۵) ، أو تصحّ ويرث(۶) الرادّ أيضاً مقدار حصّته، أو تصحّ بمقدار(۷) حصّه القابل فقط، أو تصحّ وتمامه(۸) للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل، أو

۱- لا شكّ فى أنّ الشمول هو الأظهر؛ بناءً على عدم اعتبار القبول فى حصول الملكيّه، وكون الردّ مانعاً، وأمّا بناءً على اعتباره ــ كما استظهرناه ــ فقبل القبول ماحصل له شىء حتّى ينتقل إلى وارثه وإلى وارث وارثه، وأمّا احتمال أن يكون القبول حقّاً للموصى له المتوفّى، ويكون أيضاً قابلاً للانتقال، ولا يكون قائماً بشخصه حتّى ينتقل إلى وارثه وبعده إلى وارث وارثه فبعيد. (البجنوردى). * أقواها الأوّل، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصى، عليما مرّ من عدم اعتبار القبول. (الخوئى).

۲- [۲] أى: وكون مدرك الحكم.

۳- وهو المختار الّذى جنح إليه أكثر المحقّقين. (المرعشى). * وهو الأقوى. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۴- الأصحّ الشمول حتّى لو جعلنا مدركه الأخبار. (كاشف الغطاء).

۵- قد مرّ الإشكال فى قبول الموصى له بعض الوصيّه فضلاً عن وارثه. (محمّد رضاالگلپايگانى).

۶- ولعلّه أردأ الوجوه احتمالاً ومحتملاً. (المرعشى).

۷- حيث لم يكن التقسيط ضَرريّاً، ولعلّه أوجه الوجوه احتمالاً ومحتملاً، ويليه فى القوّه الوجه الأخير منها. (المرعشى).

۸- هو من الوجوه البَشِعَه. (المرعشى).

بعده فتصحّ بالنسبه إلى مقدار حصّه القابل؟ وجوه(۱) .

الثالث: الوجه فی انتقال الموصی به إلی وارث الموصی له

الثالث(۲) : هل ینتقل الموصی به بقبول الوارث إلى

ص:۵۶۴

۱- أوجههما الثانی. (الفیروزآبادی). * أقواها الثالث. (الإصفهانی، عبدالهادی الشیرازی، البروجردی، عبدالله الشیرازی،الخمینی). * أصحّها أنّها تصحّ بمقدار حصّه القابل مطلقاً. (کاشف الغطاء). * أوجهها الثالث. (الإصطهباناتی). * الأظهر هو الوجه الثالث. (البجنوردی). * ثالثها أقواها. (الفانی). * والثالث أظهر الوجوه. (الشریعتمداری). * إذا کان موت الموصی قبل الموصی له فلا ریب فی تعیّن الوجه الثانی علی ما مرّ،وأمّا إذا انعکس الأمر فعلی القول باشتراط تملّک الوارث بعدم ردّه فالمتعیّن هوالثالث، وأمّا علی ما قوّیناه من أنّه لا أثر للردّ فیتعیّن الوجه الثانی أیضاً. (الخوئی). * ثالثها قویّ. (السبزواری). * أقربها الثالث. (محمّد الشیرازی). * إن مات الموصی له بعد موت الموصی فالأقوی هو الوجه الثانی، وإن مات قبله فالأقوی أنّها تصحّ بمقدار حصّه القابل وهو یرث، وفی إرث الرادّ بمقدار حصّته تأمّل، والأحوط التصالح. (حسن القمّی). * إذا مات الموصی قبل الموصی له تعیّن الوجه الثانی، وإن کان بعده فعلی القول بأنّ تملّک الوارث یتوقّف علی عدم الردّ، وإن کان لا یخلو من إشکال تَعَیُّنُ الوجه الثالث. (الروحانی). * أقربها الصحّه فی خصوص مقدار حصّه القابل. (اللنکرانی).

۲- أقوی الوجوه ثالثها؛ لشمول الإطلاق له، وعدم اقتضائه أیضاً صحّه أزید منذلک له ولغیره، من غیر فرقٍ بین کون موته قبل موت الموصی أم بعده بعد کون القبول شرطاً، لا الردّ؛ فاسخاً للنقل الثابت بعد موته. (آقا ضیاء).

المیّت(۱) ثمّ إلیه، أو إلیه ابتداءً(۲) من الموصی؟ وجهان(۳) ، أوجههما(۴)الثانی(۵) ، وربّما یُبنی علی کون القبول کاشفاً أو ناقلاً، فعلی الثانی الثانی،

ص:۵۶۵

۱- والمتّجه حینئذٍ ملاحظه القسمه فی باب المواریث. (المرعشی).

۲- ولازمه التسهیم بالسویّه لولا رعایه تبعیّه الحقّ لموضوعه الموصی به، المقسوم بینهم قسمه المواریث. (المرعشی).

۳- بل الأوّل؛ لأنّ مقتضی الوصیّه ذلک، ولا یوجب موت الموصی له انقلابحقیقه الوصیّه، ولیست الوصیّه کالوقف علی البطون، حیث یتلقّی کلّبطنٍ المِلک من الواقف، فلا تُبتنی(فی أصل النسخه: (تتبنّی)، والظاهر تصحیف، والصحیح ما أثبتناه.) المسأله علی کون القبول کاشفاًأو ناقلاً؛ وعلی هذا فینقسم الموصی به بین الورثه علی حسب السهام کحقّ الخیار. (الفانی). * هذا فیما إذا مات الموصی له قبل موت الموصی، وإلّا فلا إشکال فی انتقال المال من الموصی له إلی الورثه. (الروحانی).

۴- لا یخلو من الإشکال. (جمال الدین الگلپایگانی). * لکنّ القسمه بین الورثه علی حسب قسمه المواریث. (الخمینی).

۵- لا یخلو من الإشکال. (النائینی). * وإن کانت القسمه بین الورثه مع التعدّد علی حسب قسمه المواریث. (الإصفهانی). * کما هو ظاهر النصّ الوارد. (الکوه کَمَری). * لکن یقسّم الموصی به مع تعدّد الوارث علی حسب قسمه المواریث، ولا ینافی ما ذکر] من [(أضفناه لاقتضاء السیاق.) کون الانتقال إلی الوارث ابتداءً؛ لکونه بتوسیط وراثتهم عن الموصی له حقّ تملّک الموصی به بالقبول. (الإصطهباناتی). * لکن بوراثتهم عن الموصی له حقّ تملّک الموصی به بالقبول، ولذا یقسم بینهم مع التعدّد علی حسب قسمه المواریث. (البروجردی). * بل الأوّل. (عبدالهادی الشیرازی). * هذا إذا قلنا بتوقّف حصول الملکیّه علی القبول وموت الموصی، فلو مات الموصی له قبل موت الموصی وقبل أن یقبل فما صار مالکاً حتّی ینتقل منه إلیالوارث، وتقدیر الملکیّه له آناً ما یحتاج إلی وجهٍ مفقودٍ فی المقام، وأمّا لو لم نقل بتوقّفها علی القبول ومات الموصی له بعد موت الموصی فالمتعیّن هو الوجه الأوّل.(البجنوردی). * هذا فیما إذا مات الموصی له قبل الموصی، وأمّا فی عکسه فینتقل إلی الوارث من الموصی له، وکانت القسمه بین الورثه مع التعدّد علی التقدیرین علی حسب قسمه المواریث. (عبدالله الشیرازی). * ولکنّ القسمه بین الورثه مع التعدّد علی حسب قسمه المواریث. (الشریعتمداری). * هذا فیما إذا مات الموصی له قبل الموصی، وأمّا فی عکسه فالمال ینتقل إلی الوارث من الموصی له، علی ما مرّ. (الخوئی). * کما هو ظاهر الأخبار. (محمّد رضا الگلپایگانی). * وعلی أیّ حالٍ یقسّم بینهم مع التعدّد بطریق قسمه الإرث. (السبزواری). * والوجه الأوّل غیر بعید. (محمّد الشیرازی). * إن کان موت الموصی له بعد موت الموصی، فبناءً علی ما هو الحقّ من عدم اعتبار القبول فی الوصیّه فلا إشکال فی انتقال الموصی به إلی الموصی له، ثمّ إلیوارثه. (حسن القمّی). * لکن لا علی النحو الّذی یکون الموصی له غیر دخیلٍ أصلاً، بل علی النحو الّذی ذکرنا من انتقال الحقّ المتعلّق بالموصی به منه إلیه، وهو الوجه لصحّه قبوله؛ ولکون التقسیم علی حسب الإرث. (اللنکرانی).

وعلی الأوّل الأوّل.

وفیه: أنّه علی الثانی أیضاً یمکن أن یقال بانتقاله إلی المیّت(۱) آناً مّا، ثمّ إلی وارثه، بل علی الأوّل یمکن أن یقال بکشف قبوله عن الانتقال إلیه من حین موت الموصی؛ لأنّه کأنّه هو القابل(۲) فیکون منتقلاً إلیه من الأوّل.

الرابع: المدار فی الوارث

الرابع : هل المدار علی الوارث(۳) حین موت الموصی له إذا کان قبل موت الموصی، أو الوارث حین موت الموصی، أو البناء علی کون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلی المیّت ثمّ إلیه، أو کونه موجباً للانتقال إلیه أوّلاً من الموصی، فعلی الأوّل الأوّل، وعلی الثانی الثانی؟ وجوه(۴) .

۱- بناءً علی فرض الأهلیّه، وفیه منع، إلّا فی موارد خاصّهٍ التزمت بها بالأدلّهالخاصّه. (المرعشی).

۲- بل هُوَ هُوَ حقیقهً. (المرعشی).

۳- المدار علی الوجه الأوّل. (الشریعتمداری).

۴- * أوجهها الأوّل. (الإصفهانی، البروجردی، عبدالهادی الشیرازی، الخوئی، محمّدالشیرازی، حسن القمّی). * أوجهها أنّ المدار علی الوارث حین موت الموصی، والصلح أحوط. (کاشف الغطاء). * أقربها الأوّل. (الإصطهباناتی). * الظاهر من الأخبار الّتی تدلّ علی قیام الوارث مقام الموصی له هو: أن یکون وارثاً حین موت الموصی له. (البجنوردی). * أقواها اُولاها. (عبدالله الشیرازی). * الأقوی الأوّل؛ لِمَا ذکرنا فی الحاشیه السابقه من انتقال الموصی به إلی الموصی له، ثمّ إلی ورثته. (الفانی). * الأوجه الأوّل. (الخمینی، المرعشی، الروحانی). * لا یبعد أن یکون الخبر ظاهراً فی الثانی. (محمّد رضا الگلپایگانی). * أجودها الأوّل. (السبزواری). * أقربها الأوّل؛ لظاهر الخبر(الوسائل: الباب (۳۰) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱.). (اللنکرانی).

الخامس: هل ترث الزوجه الأرض الموصی بها لزوجها لو مات قبل القبول؟

الخامس(۱) : إذا أوصى له بأرضٍ فمات قبل القبول فهل ترث

زوجته منها(۲) ، أوْ لا؟ وجهان(۳) ، مبنيّان(۴) . . . . . .

ص:۵۶۸

۱- أقواها أوّلها؛ لظهور اقتضاء استناد الوارث إلی شخصٍ کونه وارثاً حین موت مورّثه، لا موت غیره. (آقا ضیاء).

۲- الأحوط التصالح، وإن کان الأظهر عدم إرثها منها. (عبدالهادی الشیرازی). * الظاهر أنّ الورثه یتلقّون من الموصی، لکن حسب قسمه المواریث، حاله فیجمیع الاُمور حال الإرث، نعم، لا ینبغی ترک الاحتیاط بالتصالح. (محمّد الشیرازی).

۳- الأقوی الثانی؛ لأنّ الزوجه لا ترث من الأرض، والمفروض انتقالها إلی المیّت أوّلاً، ثمّ إلی ورثته. (الفانی).

۴- وقد تقدّم تفصیل الوجهَین وما هو المختار منهما فی المسأله السابقه، أی الأمرالثالث. (البجنوردی). * الأحوط التراضی. (السبزواری).

على الوجهين(۱) فى المسأله المتقدّمه(۲) : فعلى الانتقال إلى الميّت(۳) ثمّ إلى الوارث لا ترث، وعلى الانتقال إليه أوّلاً لا مانع من الانتقال إليها؛

لأنّ المفروض أنّها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج(۴) ، بل وصيّه(۵)

۱- وأصحّ الوجهَين: أنّها تنتقل من الموصى إلى الوارث الّذى قام مقام مورّثه.(كاشف الغطاء). * الأقوى إخراجهما منه على الوجهَين، والمتولّى للقبول بالنسبه إلى السهمَين هو وصىّ الميّت أو الحاكم، والأحوط ضمّ قبول الورثه إليه. (الخمينى).

۲- وقد عرفت التفصيل فيها. (الخوئى).

۳- لا يخفى أنّ الانتقال إلى الميّت، خصوصاً إذا كان موته فى حياه الموصى انتقال تقديرىّ حكمىّ لا يترتّب عليه إلّا تصحيح الإرث دون سائر الآثار، من حرمانالزوجه أو إخراج الديون والوصايا، نعم، ظاهر أدلّه الباب أنّ الحكم من باب التوسّع فى الإرث، فهو على قواعد الإرث، وكذا قالوا بالقسمه حسب قسمه المواريث؛فعليه لا يكون ما ذكره ؛ مبنى المسأله. (الشريعتمدارى).

۴- نعم، لكنّه لمكان إرثها حقّ القبول من الموصى له، مضافاً إلى إمكان دعوى انصراف الدليل إلى الوارث على النحو المقرّر شرعاً فى باب الإرث؛ وعليه فهى لا ترث مطلقاً. (المرعشى). * لكن لا يبعد دعوى انصراف النصّ إلى الانتقال إلى وارث الموصى له بنحوالإرث المعهود فى الشرع، فالزوجه محرومه على الوجهَين. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۵- بالنحو الّذى ذكرنا. ودعوى عدم البُعد فى الحرمان على هذا التقدير أيضاً _ نظراًإلى ظهور أدلّه الحرمان فى الحرمان عن الحقوق الّتى لا فائده لها إلّا ملك الأرضأيضاً _ ممنوعه؛ فإنّ تلك الأدلّه لا تشمل غير الأرض بوجه، وعلى تقدير الشموللا تبعد دعوى الانصراف عن مثل المقام. (اللنكرانى).

من الموصِى(۱) . كما أنّه يُبنى على الوجهين(۲) إخراج الديون(۳)

ص:۵۷۰

۱- لكن بتوسّـط وراثته عن الموصـى له حقَّ تملّكهـا، وحينئـذٍ لا‌ـ يبعـد القول بحرمانهاعلى هـذا الوجه أيضاً، بـدعوى ظهور أدلّه حرمانهـا عن الأ‌ـرض فى حرمانهـا عن الحقوق الّتى لا‌ـ فائـده لها إلّا مِلك الأرض. (البروجردى) (فى هامش الحاشـيه ما يلى: قد عـدل ــ دام ظِلّه ــ فى مجلس البحث عمّـا فى الحاشـيه، واختـار مـافى المتن، وأمر بضـرب الخـطّ على هاتَين الحاشـيتَين على ما حكاه بعض الثقات (السيّد موسـيالشبيرى الزنجانى)، والحاشـيه الاُخرى منه قـدّس سـرّه : هـذا هو المتعيّن... إلى آخره.). * لكن يمكن دعـوى انصـراف النصّ إلى الـوارث المعهود شـرعاً. (الكوه كَمَرى). * لكن بتوسّـط وراثته عن الموصـى له حقّ تملّكهـا، وحينئـذٍ لا يبعـد القول بحرمانهاعلى هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلّه حرمانها عن الأرض فى حرمانها عنالحقوق الّتى لا فائده لها إلّا مِلك الأرض، ويمكن الالتزام بالتفصيل المذكور فى الحاشيه السابقه. (عبدالله الشيرازى).

۲- الظاهر تعيّن الإخراج على كِلا الوجهَين، وكون المتولّى للقبول بالنسبه إلى السهمَين هو ولىّ أمر الميّت من الحاكم أو الوصى لـو كـان فى البَين، والأ‌ـحوط ضمّ قبـول الـوارث، وأحـوط منه إمضـاؤهم بعـد قبولهم، خصوصـاً على الوجه الثـانى منـالوجهَين. (اللنكرانى).

۳- الأحوط إخراج الـديون منه بإمضاء الورثه بعـد قبولهم الوصـيّه، لكنّ القاعـده تقتضـى عـدم وجوب القبول عليهم على تقدير كون جوازه حكماً، وعلى تقـديرالقبول فالمسأله مبتيّه على القولَين، كما فى المتن، وعلى تقدير كون القبول حقّاً لهم بالإرث فلا يبعـد جواز إلزام الـدائن الورثه على القبول؛ بنـاءً على انتقـال الملـك ابتـداءًإلى الميّت؛ لتعلّق حقّهم على هـذا الحقّ أيضاً. وعلى القول بانتقـال الملـك إليهم ابتـداءًفيمكن القول بجواز منع الـدائن الوارث عن التملّك إلّا بعـد أداء الـدين؛ لِمَا مَرّ من تعلّق حقّه بهذا الحقّ أيضاً. (محمّد رضا الگلپايگانى).

والوصايا(۱) من الموصی به بعد قبول الوارث(۲) وعدمه(۳) . أمّا إذا کانت بما یکون من الحَبوَه ففی اختصاص الولد الأکبر به بناءً علی

۱- الأقوی إخراجها منه، والأحوط أن یکون برضا الورثه. (عبدالهادی الشیرازی). * حکم الوصایا حکم الدَین فی ما تعلّق بمال المیّت، نعم، فی ما یجب علی الوصیّ العمل به وإن لم یکن للمیّت مال وتوقّف العمل به علی القبول فیجب علیه القبول والعمل به. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۲- هذا هو المتعیّن بلا إشکال، لکنّ الظاهر أنّ المتولّی لقبول الوصیّه حینئذٍ بالنسبهإلی سهم الدَین والوصیّه هو ولیّ أمر المیّت من الوصیّ أو الحاکم، وإن کان الأحوط الجمع بینه وبین قبول الوارث. (البروجردی). * هذا هو الأقوی؛ للدلیل المذکور فی الحواشی السابقه. (الفانی). * الأحوط إخراجها بعد القبول برضاهم، وفی کون المتولّی للقبول بالنسبه إلی المخرجات مَن یلی أمر المیّت أو الورثه وجهان، والأحوط الجمع. (المرعشی).

۳- الظاهر أنّ هذا هو المتعیّن بلا إشکال، لکنّ الظاهر أنّ المتولّیلقبول الوصیّه حینئذٍ بالنسبه إلی سهم الدَین والوصیّه هو ولیّ أمر المیّتمن الوصیّ أو الحاکم، وإن کان الأحوط الجمع بینه وبین قبول الوارث. (عبدالله الشیرازی).

الانتقال(۱) إلی المیّت أوّلاً فمشکل؛ لانصراف الأدلّه(۲) عن مثل هذا.

السادس: کون الموصی به ممّن ینعتق علی الموصی له

السادس : إذا کان الموصی به ممّن ینعتق علی الموصی(۳) له فإن قلنا بالانتقال إلیه أوّلاً بعد قبول الوارث، فإن قلنا به کشفاً وکان موته بعد موت الموصی(۴) انعتق علیه(۵) ، وشارک

ص:۵۷۲

۱- وبناءً علی صدق الحَبوه(الوسائل: الباب (۳) من أبواب میراث الأبوین والأولاد، أحادیث الباب. والحبوه إصطلاحاً :تخصیص الولد الأکبر بثیاب أبیه المیّت وملابسه ومصحفه وخاتمه زائداً علی حصّته منالمیراث. معجم ألفاظ الفقه الجعفری: ۱۵۰.) بمجرّد ذلک. (اللنکرانی).

۲- فیه إشکال. (المرعشی).

۳- الّذی مات وقبل وارثه الوصیّه. (الفیروزآبادی).

۴- لا حاجه فی هذا الفرض إلی قبول الوارث علی ما مرّ، فیحکم بانعتاق الموصی بهمن الأوّل، وأمّا إذا مات الموصی بعد الموصی له فلا وجه للانعتاق أصلاً؛ لأنّ الوارث حینئذٍ یتلقّی الموصی به من الموصی دون الموصی له. (الخوئی). * بناءً علی ما قوّیناه سابقاً من عدم اعتبار القبول فی الوصیّه وتلقّی الورثه من الموصی ابتداءً إن مات بعد الموصی له فلا ریب فی الانعتاق مع فرض موت الموصی له بعد موت الموصی، کما أنّه لا وجه للانعتاق مع فرض موت الموصیبعد موت الموصی له. (حسن القمّی). * فی هذا الفرض ینعتق الموصی به من الأوّل، بلا حاجهٍ إلی القبول. (الروحانی).

۵- هذا کلّه بناءً علی اعتبار القبول فی الوصیّه، وأمّا بناءً علی عدم الاعتبار _ کما لایبعد _ فینعتق من الأوّل فی صوره کون موت الموصی له بعد موت الموصی، وأمّا إذا کان موته قبل موت الموصی فلا وجه للانعتاق؛ لأنّ تلقّی الموصی به منالموصی، لا من الموصی له. (عبدالله الشیرازی).

الوارث(۱) ممّن فی طبقته، ویقدَّم علیهم(۲) مع تقدّم طبقته(۳) ، فالوارث(۴) یقوم مقامه فی القبول، ثمّ یسقط عن الوارثیّه؛ لوجود مَن هو مقدَّم علیه. وإن کان موته قبل موت الموصی(۵) أو قلنا بالنقل وأنّه حین قبول الوارث ینتقل

ص:۵۷۳

۱- لأنّه یکشف عن موت الموصی له عن وارثٍ معتقٍ حرٍّ وحصل الملک والانعتاق قبل [موت] (أضفناه لاقتضاء السیاق.) الموصی له. (الفیروزآبادی).

۲- فی غیر الکشف الحقیقیّ، وإلّا فتلزم لغویّه إجازتهم للکشف عن کونهم غیرالورثه من أوّل الأمر. (الخمینی). * حیث لم یکن الکشف حقیقیّاً محضاً. (المرعشی). * ولا یلزم من کاشفیّه القبول عدم کاشفیّته إلّا علی القول بالکشف الحکمیّ؛ لأنّ الکاشف قبول الوارث لولا الوصیّه، والمکشوف الوارثیّه بالوصیّه، من غیر فرقٍ بین الکشف الحقیقیّ أو الحکمیّ. (محمّد رضا الگلپایگانی). * من دون فرقٍ بین الکشف الحقیقیّ والحکمیّ. (اللنکرانی).

۳- بناءً علی الکشف الحکمیّ، وکون القبول شرطاً متأخّراً، وأمّا علی الکشف الحقیقیّ لو قیل به فمشکل؛ إذ یلزم من کاشفیّته تقدّمها(فی أصل التعلیقه: (عدمها)، والصحیح ما أثبتناه.). (البروجردی).

۴- بل یقبل الوصیّه هو بنفسه؛ لأنّ أمر الردّ بیده؛ لأنّه مُلک للموصی له ووارثٌ له فی آنٍ واحد؛ إذ بصیرورته مُلکاً للموصی له صار وارثاً له، فله حقّ الردّ من هذه الجهه،فتدبّر فإنّه دقیق. (الفانی).

۵- فی هذا الفرض بما أنّه ینتقل المال من الموصی إلی الموصی له لا وجه للانعتاق أصلاً. (الروحانی).

إليه آناً مّا فينعتق(۱) ، لكن لا يرث(۲) إلّا إذا كان(۳) انعتاقه قبل قسـمه الورثه؛ وذلك لأنّه على هذا التقدير انعتق بعد سبق(۴) سـائر الورثه بالإرث، نعم، لو انعتق قبـل القسـمه فى صوره تعـدّد الورثه شـاركهم(۵) . وإن قلنا(۶) بالانتقـال إلى الـوارث من الموصـى لا ـ من الموصـى له فلا ـ ينعتق عليه؛ لعـدم ملكه، بل يكون للورثه، إلّا إذا كان ممّن ينعتق عليهم أو على بعضـهم فحينئذٍ ينعتق، ولكن لا يرث إلّا إذا كان ذلك مع تعدّد الورثه وقبل قسمتهم.

السابع: حكم قيام الوارث مقام الموصى له فى الوصيّه العهديّه

السابع : لا فرق فى قيام الوارث(۷) مقام الموصى له بين التمليكيّه والعهديّه(۸) .

۱- فحصل الملك والانعتاق. (الفيروزآبادى).

۲- إذا لم يكن حرّاً فى حياه الموصى له. (المرعشى).

۳- فى إرثه لقبـول الوصـيّه حتّى فى هـذه الصـوره نظر؛ لأنّ المنسـاق من الأدلّه كـون الوارث وارثـاً مع قطع النظر عن الحقوق الموروث بها، ولا يشمل ما كان أصل وراثته من جهه هذا الحقّ. (آقا ضياء).

۴- وما مات الموصى له عن وارثٍ منعتق. (الفيروزآبادى).

۵- أو تفرّد بالإرث دونهم. (البروجردى). * فى صوره التساوى فى الطبقه، وتفرّد عنهم فى صوره تقـدّمه عليهم. (المرعشـى). * مع اتّحاد الطبقه، ويقدَّم عليهم مع تقدّم طبقته. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إذا كان فى طبقتهم، وإلّا تفرّد. (اللنكرانى).

۶- كما هو المحتمل الثانى. (المرعشى).

۷- الوارث يقوم مقام الموصى له فى الوصيّه التمليكيّه. (الفانى).

۸- الأقوى عـدم القيـام فى العهـديّه. (النـائينى، جمـال الـدين الگلپايگـانى). * الراجعه إلى المِلك، كما فى مورد موثّقه عمّار(الوسائـل: الباب (۱۱) من أبواب كتـاب الوصايـا، ح۱۲.). (الكوه كَمَرى). * الأقوى عـدم قيامه مقامه فى العهـديّه. (عبـدالهادى الشيرازى). * إن لم يضعّف خبر عمّار. (المرعشى). * إن رجعت الثانيه إلى الاُولى، وفى غيره مشكل. (السبزوارى).

عدم اشتراط القبول فی الوصیّه العهدیّه وما إذا کان للنوع أو للجهه

(مسأله ٨) : اشتراط القبول علی القول به مختصّ بالتملیکیّه، کما عرفت، فلا یعتبر(١) فی العهدیّه(٢) . . . .

١- فی الإطلاق إشکال، والأقوی تساویها مع التملیکیّه لو کان المآل إلی العهدبإعطاء الموصی به إلی الموصی له، وأنّ القبول الفعلی کافٍ أیضاً. (المرعشی). * أی قبول الموصی إلیه، وأمّا قبول الموصی له فی الوصیّه العهدیّه _ کما إذا أوصی بأن یُعطی زید مالاً _ فلا إشکال فی اعتباره فی تملّکه، وإن کان أصل الوصیّه عهدیّاً لا یعتبر فیه قبول الموصی إلیه. (اللنکرانی).

٢- یعنی قبول الموصی له، وأمّا قبول الموصی إلیه إذا نصب وصیّاً فهو معتبر فیهاأیضاً فی الجمله. (الإصفهانی). * بالنسبه إلی الموصی له، وأمّا الوصیّ فیعتبر قبوله. (الکوه کَمَری). * یعنی قبول الموصی له، لا الموصی إلیه. (الإصطهباناتی). * یعنی قبول الموصی له، لا الموصی إلیه، کما مرّ، وعدم اعتباره فیها واضح فیما إذاکانت عهداً بصرف شیءٍ فی شخصٍ أوأشخاصٍ أونوعٍ أوجهه، وأمّا إذا کانت عهداً بإعطاء شخصٍ أو أشخاصٍ فلیس بینها وبین التملیکیّه کثیر فرق؛ بناءً علی مامرّ من أنّ القبول فیها معتبر فی الموصی به دون الوصیّه. (البروجردی). * یعنی قبول الموصی له، وأمّا قبول الموصی إلیه معتبر مسلّماً، فإذا لم یقبل یرجع إلی الحاکم فی بعض الموارد، وعدم اعتباره فیها إذا لم تکن نتیجتها ملکیّهً لشخص،وإلّا یلزم کونها ملکیّهً قهریّه. (عبدالله الشیرازی). * یعنی قبول الموصی له فی صحّه الوصیّه، وقد مرّ اعتباره مطلقاً، وفی العهدیّه لاوجه لاعتباره، وأمّا لو عهد أن یُعطی شیئاً بشخصٍ ففی تملّکه یعتبر القبول بلاإشکال. (الخمینی). * فی أصل تحقّق الوصیّه، أمّا فی جعل الوصایه لأحدٍ فلابدّ من قبوله.(السبزواری).

ويختصّ(۱) بما إذا كان لشخصٍ معيّنٍ أو أشخاصٍ معيّنين، وأمّا إذا كان للنوع أو للجهات _ كالوصيّه للفقراء والعلماء، أو للمساجد _ فلا يعتبر(۲) قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل(۳) ذلك، أو قيل.

ص:۵۷۶

۱- الأقوى عدم الاختصاص، واعتبار القبول فيها مطلقاً، كما عرفت، غير أنّ القبول فى القسم الأوّل معتبر من الموصى له شخصاً أو أشخاصاً، وفى القسم الثانى من القيّم إن كان، وإلّا فمن الحاكم. (صدرالدين الصدر). * الأحوط إن لم يكن الأقوى عدم الاختصاص به، وأنّ القبول فى الصوره الثانيه ممّن يلى أمر الوصيّه إن كان، وإلّا فمن الحاكم. (المرعشى).

۲- الظاهر من العباره ومن تنظيرها فى المسأله الاُولى بالعتق وفكّ الملك عدم اعتبارالقبول فى العهديّه مطلقاً، حتّى من الموصى إليه، لكنّ الظاهر منهم الإجماع عليعدم الفرق بين الوصيّتَين فى الحاجه إلى القبول فى التمليكيّه من الموصى له، وفى العهديّه من الموصى إليه، نعم، يكفى فى قبول الموصى إليه القبول الفعليّ، وأمّا قبول الموصى له فى العهديّه إذا كانت وصيّةً بالتمليك فلا إشكال فى اعتباره، لكنّه غيرمربوطٍ بقبول الوصيّه. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۳- احتمال اعتبار قبول الفقراء أو العلماء بما أنّهم من طبقات الجهات بعيد غايته،لكنّ احتمال اعتبار قبول الحاكم ليس بذلك البعد وإن كان الأقرب عدمه، كما أنّ بطلانها بردّ الحاكم فيما تقتضى مصلحه سياسيّه، أو كان فى قبولها مفسده كذلك قريب. (الخمينى).

ودعوى أنّ الوصيّه لها ليست من التمليكيّه، بل هى عهديّه(۱) ، وإلّا فلا يصحّ تمليك النوع أو الجهات كما ترى(۲) . وقد عرفت سابقاً(۳) قوّه عـدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنّما يكون الردّ مانعاً(۴) ، وهو أيضاً لا يجرى فى مثل المـذكورات، فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلاً، بل إذا انحصر النوع فى ذلك الوقت فى شخصٍ فردّ لا تبطل(۵) .

تحقّق الوصيّه بكلّ ما دلّ عليها من لفظٍ أو فعل

(مسأله ۹) : الأقوى فى تحقّق الوصيّه كفايه كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ، ولا يعتبر(۶) فيه لفظ خاصّ، بل يكفى كلّ فعلٍ دالٍّ عليها حتّى الإشاره والكتابه ولو فى حال الاختيار(۷) إذا كانت صريحهً فى الدلاله، بل أو ظاهره(۸) ؛ فإنّ ظاهر

۱- ولا يبعد ذلك، وإن قلنا بمالكيّه الجهه أو النوع. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۲- كما أنّ دعوى كونها قسماً ثالثاً مسمّىً بالوصيّه التخصيصيّه؛ لامتناع تمليك النوع والجهه، وعدم كونها عهديّهً أيضاً كذلك. (اللنكرانى).

۳- قد عرفت سابقاً ضعف ما قوّاه على الإطلاق. (المرعشى).

۴- على ما ادُّعى الإجماع عليه، كما تقدّم. (حسن القمّى).

۵- فى إطلاقه نظر، بل لا يبعد البطلان بالنسبه. (محمّد الشيرازى).

۶- ولكن ينبغى إنشاؤها بالألفاظ المتعارف استعمالها فى ذاك المقام. (المرعشى).

۷- الأحوط الاقتصار عليهما بحال الضروره. (محمّد رضا الگلپايگانى).

۸- فى إنشائه الوصيّه فعلاً بها على حدّ ظهور الألفاظ، ولا يكون مع ذلك عدم نطقه بها مع قدرته عليه، كما هو العاده فى الاُمور الخطيره قرينه صارفه عن ظهورها، كمالا يبعد، ولعلّه لذا قصّر الجماعه كفايتها على حال الضروره. (البروجردى).

الأفعال(۱) معتبر(۲) كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعهٍ(۳) اختصاص كفايه الإشاره والكتابه بحال الضروره لا وجه له، بل يكفى وجود مكتوبٍ منه بخطّه ومهره إذا علم(۴) كونه إنّما كتبه بعنوان الوصيّه(۵) .

ويمكن(۶) أن يستدلّ(۷) عليه بقوله عليه السّلام : «لا ينبغى لامرء مسلم أن يبيت ليله إلّا ووصيّته تحت رأسه»(۸). بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق(۹) ، عن إبراهيم بن

ص:۵۷۸

۱- ولكنّ الاحتمالات المتطرّقه على الأفعال أكثر من المتطرّقه على الأقوال، كما حُقِّق فى محلّه من باب المجمَل والمبيَّن. (المرعشى).

۲- فى إطلاقه تأمّل. (تقى القمّى).

۳- [۳] قواعد الأحكام: ۲/۴۴۵، جامع المقاصد: ۱۰/۱۹، رياض المسائل: ۹/۴۳۳.

۴- بل إذا كان ظاهره كذلك. (تقى القمّى).

۵- فعلاً بنفس الكتابه، لا لإحصاء ما يريد الوصيّه بها فيما بعد ليوصى بعد على طبقها ويُشهِد عليها؛ فإنّ وجوب العمل بها حينئذٍ محلّ إشكال، وإن كان الأحوط،والاستدلال بالخبرَين محلّ مناقشه. (البروجردى). * لا مقدّمه كتابتها، كما أنّه كثيراً ما يتّفق ذلك. (المرعشى).

۶- النصوص الدالّه على هذه الجهه ضعيفه فلا يمكن الاستدلال بها. (تقى القمّى).

۷- مع الغضّ عن الإرسال وضعف الدلاله. (المرعشى).

۸- [۸] المقنعه: ۶۶۶، عنه الوسائل: الباب (۱) من أبواب كتاب الوصيّه، ح۷.

۹- مع الغضّ عن ضعف الصدور، وعن عدم عملهم بظاهره من التفصيل بين الولد و بين غيره. (المرعشى).

محمّـد الهمـدانیّ قال: کتبت إلیه: کتب رجل کتاباً بخطّه ولم یقل لورثته: هـذه وصـیّتی ولم یقل: إنّی قـد أوصـیت، إلّا أنّه کتب کتاباً فیه مـا أراد أن یوصـی به، هـل یجب علی ورثته القیـام بما فی الکتاب بخطّه ولم یأمرهم بـذلک؟ فکتب : «إن کان له وُلْدٌ ینفِّذون کلّ شیءٍ یجدون فی کتاب أبیهم فی وجه البرّ وغیره»(۱).

شرائط الموصی

اشاره

(مسأله ۱۰) : یشترط فی الموصی اُمور(۲) :

الأوّل: البلوغ، بیان نفوذ وصیّه البالغ عشراً

الأوّل : البلوغ، فلا تصحّ وصـیّه غیر البالغ. نعم، الأقوی(۳) وفاقاً للمشهور صحّه(۴) وصیّه البالغ عشراً(۵) إذا کان عاقلًا(۶) فی وجوه المعروف للأرحام أو غیرهم(۷) ؛ لجملهٍ من الأخبار(۸) المعتبره، خلافاً

۱- [۱] من لا یحضره الفقیه ۴/۱۹۸، ح۵۴۵۶، عنه الوسائل: الباب (۴۸) من أبواب کتاب الوصایا، ح۲.

۲- ولا یُعتبر الإسلام، بل تصحّ من الکافر علی الأقوی. (المرعشی).

۳- ولِیْ فی هذه المسأله تأمّل ونظر. (الکوه کَمَری).

۴- محلّ تأمّل. (البروجردی).

۵- الأحوط لو لم یکن الأقوی اعتبار إشراف الولیّ علی وصیّته. (الفانی).

۶- ممیّزاً مع کون الوصیّه عقلائیّهً مشروعه، والأحوط الاقتصار فی المعروف علیذوی الأرحام دون الغرباء. (المرعشی).

۷- صـحّه وصـیّته للغرباء محلّ إشـکال. (الخوئی). * لغیر الأرحام إذا لم یکن للاُمور الخیریّه العامّه مشـکل، کما أنّه إذا بلغ سبع سنین وأوصـی بالیسـیر من ماله ففی عـدم الصـحّه إشـکال، یراعی مقتضـی الاحتیاط. (حسـنالقمّی). * ویسـتفاد من حـدیث ابن مسلم(الوسائل: الباب (۴۴) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱.) نفوذ وصیّهِ غیرِ البالغ إذا حضره الموتلأرحامه. (تقی القمّی). * صحّه وصیّته للغرباء محلّ نظر، بل منع؛ للروایه. (اللنکرانی).

۸- [۸] الوسائل: الباب (۴۴) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱ _ ۷.

لابن إدريس(۱) وتبعه جماعه(۲).

الثانی: العقل

الثانی : العقل، فلا تصحّ وصیّه المجنون، نعم، تصحّ وصیّه الأدواریّ منه إذا کانت فی دور إفاقته. وکذا لا تصحّ وصیّه السکران حال سکره، ولا یعتبر استمرار العقل، فلو أوصی ثمّ جُنَّ لم تبطل(۳) ، کما أنّه لو اُغمی علیه أو سَکِرلا تبطل وصیّته. فاعتبار العقل إنّما هو حال إنشاء الوصیّه.

الثالث: الاختیار

الثالث : الاختیار.

الرابع: الرشد، بیان وصیّه السفیه المفلّس

الرابع :(۴) الرشد(۵) ، . . . .

ص:۵۸۰

۱- ولکنّ مخالفته فی المبنی، فلا یُعدّ هو ومن یحذو حذوه مخالفاً فی المسأله.(المرعشی).

۲- [۲] مختلف الشیعه: ۶/۳۹۱، الحدائق الناضره: ۲۲/۴۰۹.

۳- سواء قَبِلَ بلزوم الوصیّه أم جوازها، وإن کانت الصحّه فی الفرض الثانی علی خلاف القاعده فی العقود المتزلزله. (المرعشی).

۴- علی الأحوط. (تقی القمّی).

۵- فی اعتباره إشکال، والاحتیاط لا یُترک. (الخوئی). * اعتباره مطلقاً حتّی إذا لم تکن الوصیّه سفیهه مشکل، والاحتیاط فیه لا ینبغی ترکه. (محمّد الشیرازی). * لم أقف علی نصٍّ أو غیره یدلّ علی اعتباره، إلّا طلاق ما دلّ علی المنع منتصرّفه فی ماله، فیختصّ المنع علی فرضه بالوصیّه المتعلّقه بماله. (الروحانی).

فلا تصحّ(۱) وصيّه السَفيه(۲) وإن كانت بالمعروف(۳) ، سواء كانت قبل حَجر الحاكم(۴) أم بعده. وأمّا المُفَلَّس فلا مانع(۵) من وصيّته وإن كانت بعد حَجر الحاكم؛ لعدم الضرر بها على الغُرماء؛ لتقدّم الدَين على الوصيّه.

الخامس: الحرّيّه، بيان وصيّه العبد لو انعتق

الخامس : الحرّيه، فلا تصحّ(۶) وصيّه المملوك(۷) بناءً على عدم ملكه وإن أجاز(۸) مولاه بل وكذا بناءً على ما هو . . . .

۱- اعتبار الرشد في صحّه الوصيّه في غايه الإشكال. (حسن القمّي). * محلّ إشكال، خصوصاً إذا كانت بالمعروف وكان قبل حجر الحاكم، بل لا تبعدالصحّه في هذه الصوره. (اللنكراني).

۲- لا مانع من تنفيذها إذا كانت بالمعروف وعلى الموازين العقلائيّه. (كاشف الغطاء).

۳- الحكم بعدم الصحّه في هذه الصوره، سيّما قبل الحَجر لا يخلو عن إشكال.(المرعشي).

۴- الأقرب صحّتها قبل حجره، إلّا إذا كان سفهه متّصلاً بصِغَره. (الخميني).

۵- غايه الأمر أنّه لا يترتّب على وصيّته أثر، إلّا في مثل ما إذا خرج حال الموت عنالتفليس. (اللنكراني).

۶- احتمال الصحّه في وصيّه المكاتب المطلق الّذي حُرِّر بعضه بقدر ما حُرِّر قويّ.(المرعشي).

۷- في بطلانها مع إجازه مولاه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

۸- قيل: لخروج وصيّته عن موضوع الوصيّه، ضروره كونها كقول زيد: مالعمرٍو لبكرٍ بعد وفاتي، وعن الفضوليّ الّذي هو الوصيّه عن زيدٍ بعد وفاه زيد، لا وفاه غيره. وفي الاستدلال عندي نظر، ولا يبعد الصحّه معالإجازه، وحديث «لا وصيّه لمملوكٍ» سنده وكذا دلالته ضعيف، مع عدم ظهوره في مورد الإجازه. (الفيروزآبادي).

الأقوى(۱) من ملکه؛ لعموم(۲) أدلّه الحَجر، وقوله علیه السّلام : «لا وصیّه لمملوک»(۳) بناءً علی إراده(۴) نفی وصیّته لغیره، لا نفی الوصیّه له، نعم، لو أجاز مولاه صحّ علی البناء المذکور.

ولو أوصی بمالِه ثمّ انعتق وکان المال باقیاً فی یده صحّت(۵) علی إشکال(۶) ، نعم، لو علّقها . . . .

ص:۵۸۲

۱- ملکه محلّ إشکال. (الخمینی).

۲- ولو فی ما ملکه مولاه، کما هو المختار. (آقا ضیاء).

۳- [۳] دعائم الإسلام: ۲/۳۶۲، تهذیب الأحکام: ۹/۲۱۶.

۴- کما هو الظاهر. (المرعشی).

۵- مشکل، وإن علّقها علی الحرّیه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۶- إلّا إذا أجازها جدیداً، کما لا یخفی. (آقا ضیاء). * بل لا تصحّ علی الأقوی. (البروجردی). * الظاهر عدم صحّته بإنشائه السابق الّذی کان فی حال عبودیّته، إلّا أن یُنشئ الوصیّه ثانیاً بعد انعتاقه. (البجنوردی). * یندفع هذا الإشکال إذا کان العبد باقیاً علی إیجابه للوصیّه بعد انعتاقه، بالجمع بین مطلقات الصحّه، وارتفاع ما یکون مانعاً عن الصحّه، وهو الحَجر. (الفانی). * بل الصحّه ممنوعه. (الخمینی). * قویّ فیه، وضعیف فی ما یلیه من الصور. (المرعشی). * الإشکال قویّ فیه وفی ما بعده، نعم، إذا أجازها بعد العتق صحّت وإن لم یجزهاالمولی. (الخوئی). * لا یُترک الاحتیاط فیه وفی ما بعده وبعد بعده. (حسن القمّی). * قویّ، وکذا فی ما بعده. (اللنکرانی).

على الحرّيه(۱) فالأقوى(۲) صحّتها(۳) ، ولا يضرّ التعليق المفروض، كما لا يضرّ إذا قال: هذا لزيدٍ إن مِتُّ فى سفرى.

ولو أوصى(۴) . . . .

۱- كون الحرّيه معلّقاً عليها للوصيّه(كذا فى أصل التعليقه، والظاهر (الوصيّه).) لا يستلزم صحّه الوصيّه من المملوك، نعم،تصحّ هذه الوصيّه بالصحّه الفعليّه إذا تحقّقت الحرّيه مع كونه باقياً على الإيجاب،وكون المال باقياً تحت يده؛ لارتفاع المانع عن الصحّه، لا لحصول المعلّق عليه وهوالحرّيه. (الفانى).

۲- بل الأقوى بطلانها. (تقى القمّى).

۳- صحّتها فى غايه الإشكال. (النائينى، جمال الدين الگلپايگانى). * فى القوّه نظر؛ لعدم ثبوت صحّه التعليق بغير الموت لولا دعوى عدم شمول معاقد الإجماعات لمثله، إلّا بدعوى إطلاقها فى مطلق الأسباب، عقداً كان أم إيقاعاً، مطلقاً أم مشروطاً، وليس الأخير ببعيد. (آقا ضياء). * محلّ تأمّل وإشكال. (الإصطهباناتى). * فيه نظر. (عبدالله الشيرازى). * لا تخلو من تأمّل. (الخمينى).

۴- هذه الفروع مبتيّه على انصرافٍ لا يقدّر إلى التصرّفات الماليّه، وفيه نظر واضح.(آقا ضياء).

بدفنه(۱) فی مکانٍ خاصٍّ لا یحتاج إلی صرف مالٍ فالأقوی(۲) الصحّه(۳) ، وکذا ما کان من هذا القبیل.

السادس: أن لا یکون قاتل نفسه، وفیه أحکام

السادس : أن لا یکون قاتل نفسه بأن أوصی بعد ما أحدث فی نفسه ما یوجب هلاکه: من جرحٍ أو شُرب سُمٍّ أو نحو ذلک، فإنّه لا تصحّ وصیّته علی المشهور المدّعی علیه الإجماع، للنصّ(۴) الصحیح الصریح(۵). خلافاً لابن إدریس(۶) وتبعه بعض(۷). والقدر المنصرف إلیه الإطلاق الوصیّه بالمال، وأمّا الوصیّه بما یتعلّق بالتجهیز ونحوه ممّا لا تعلّق له بالمال فالظاهر صحّتها(۸) .

کما أنّ الحکم مختصّ بما إذا کان فعل ذلک عمداً، لا سهواً أو خطأً، وبرجاء أن یموت، لا لغرضٍ آخر، وعلی وجه العصیان، لا مثل الجهاد فی سبیل الله، وبما لو مات من ذلک.

۱- محلّ تأمّل فیه، وفی ما کان من هذا القبیل. (الخمینی).

۲- بل الأقوی البطلان. (تقی القمّی).

۳- والأحوط أن تکون بإذنه، أو إجازته للوصیّه، أو للعمل بها. (محمّد رضاالگلپایگانی). * مشکل. (اللنکرانی).

۴- وبه تُخصَّص عمومات الوصیّه. (المرعشی).

۵- [۵] الوسائل: الباب (۵۲) من أبواب کتاب الوصایا، ح۱.

۶- [۶] السرائر لابن إدریس: ۳/۱۹۷ _ ۱۹۸.

۷- [۷] مسالک الأفهام: ۶/۱۴۲، الحدائق الناضره: ۲۲/۴۱۳.

۸- بل مشکل. (محمّد رضا الگلپایگانی).

وأمّا إذا عُوفِيَ(۱) ثمّ أوصى صحّت وصيّته بلا إشكال(۲) ، وهل تصحّ وصيّته قبل المعافاه(۳) ؟ إشكال(۴) ، ولا يلحق التنجيز بالوصيّه. هذا.

ولو أوصى قبل أن يُحدِثَ فى نفسه ذلك ثمّ أحدث صحّت وصيّته وإن كان حين الوصيّه بانياً على أن يُحدِث ذلك بعدها؛ للصحيح(۵) المتقدّم، مضافاً إلى العمومات.

وصيّه الأب أو الجدّ مع فقد الآخر بالولايه على الأطفال

(مسأله ۱۱) : يصحّ لكلٍّ من الأب والجدّ الوصيّه بالولايه على الأطفال مع فقد الآخر، ولا تصحّ مع وجوده، كما لايصحّ ذلك لغيرهما حتّى الحاكم الشرعيّ(۶) ؛ . . . .

۱- أو أوصى ثمّ عُوفِيَ، ولا وجه للإشكال فيه. (اللنكرانى).

۲- لا إشكال فى الصحّه؛ لأنّ تلك الوصيّه ليست وصيّهَ مَن قتل نفسه. (الفانى). * الأقوى الصحّه. (المرعشى).

۳- ثمّ عُوفِيَ ثمّ مات. (الفيروزآبادى).

۴- والأقوى الصحّه. (عبدالهادى الشيرازى، محمّد الشيرازى، الروحانى). * الظاهر أنّه لا إشكال فيها إذا أوصى ثمّ عُوفِيَ. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن أوصى بعد ما فعل السبب ثمّ عُوفِيَ ثمّ مات فالظاهر صحّه وصيّته. (حسن القمّى).

۵- أخذاً بإطلاقه. (المرعشى).

۶- لكن إذا نصب قيّماً عليهم تبقى ولايته عليهم ولو بعد موت الحاكم، نعم،لو نصب وكيلاً سقطت وكالته بموت موكّله. بألطافه تعالى وحسن توفيقه قدتمّ ما تيسّر لنا من الحواشى والتعاليق على عروه سيّدنا الاُستاذ نوّر الله ضريحه. (كاشف الغطاء)(فى آخر تعليقه كاشف الغطاء قدّس سرّه بيانٌ، أحببنا إيراده لما فيه من الفائده :بيان: كان ولا يزال من المعلوم أنّ هذا المولَّف الجليل «العُروه الوثقى» ـ الّذى هو من مفاخرالفقه الجعفرى وآياته الزاهره فى العصور المتأخِّره ـ قد كان السيّد الاُستاذ ـ رضوان الله عليه ـشرع فيه فى السنه الثانيه والعشرين بعد الألف والثلاثمائه، وكان كلّ يومين أو ثلاثٍ ينتهز منوقته المستغرق بأشغال المرجعيّه العظمى فرصهً يحرّر فيها من هذا الكتاب الورقتَين والثلاث بخطّه الدقيق، يدفعها لى ولأخى آيه الله الشيخ أحمد ـ تغمّده الله برضوانه ـ لأجل إصلاحعباراته من حيث العربيّه، ورفع الركاكه أو التعقيد، والنظر فى أدلّه الفروع، ومطابقه الفتوى للدليل؛ حذراً من أنّ مشغوليّته العظمى أدخلت سهواً عليه فى ذلك أو غفلهً، ولا يعتمد على غيرنافى هذا الشأن، كسائر مهمّاته الاُخرى وشوونه من إرجاع المرافعات إلينا وغيرنا، واستمرّاعتماده مدّه حياته وبعد وفاته، حيث جعلنا أوصياءه، ولا تزال وصيّته بخطّه الشريف وخاتمه محفوظه فى خزانه أوراقى. وكنّا نستفرغ الوسع ونسهر الليالى فى إصلاح العبارات، وجعلهابغايه الوضوح والسلامه بحيث يفهمها حتّى العامّىّ والاُمّىّ، كما ننظر أيضاً فى المدارك والأدلّه.ونتذاكر فى كلّ فرعٍ فرع مع أفاضل ذلك العصر، فى دارنا الكبرى الّتى كانت مجمّع الأعلام والأعاظم يومَى الخميس والجمعه، ومنهم: الآيتان الحجّتانِ المرحوم الميرزا محمد حسين النائينى قبل أن يصير من المراجع، والشيخ المحقّق وحيد عصره الاُستاذ الشيخ حسن الكربلائى «رضوان الله

عليهما»، وبعد استفراغ الوسع وسدّ الفراغ نعود إليه ــ رضوان الله عليه ــ بما أصلحنا، ونتذاكر معه فی مجلسٍ خاصّ، فربّما رجع إلی رأينا فی الفتوی، وربّما أصرّ واستمرّعلی رأيه. وفی السنه الثامنه والعشرين لمّا توجّهت إلی بغداد لطبع كتابی «الدّعوه الإسلاميّه» ــ الّذی حُجِز وجَری فيه ما جری ــ طلب منّی ــ تغمّده الله برحمته ــ أن أُشرف علی طبعها، وكنّانطبع الكتابين فی مطبعه دار السّلام.).

فإنّه بعد فقدهما(۱) له الولایه علیهم ما دام حیّاً، ولیس له(۲) أن یوصی بها لغیره بعد موته، فیرجع الأمر بعد موته إلی الحاکم الآخر، فحاله حال کلٍّ من الأب والجَدّ مع وجود الآخر.

ولا ولایه فی ذلک للاُمّ، خلافاً لابن الجنید(۳) حیث جعل لها بعد الأب إذا کانت رشیده(۴).

وعلی ما ذکرنا فلو أوصی للأطفال واحد من أرحامهم أو غیرهم بمالٍ وجعل أمره إلی غیر الأب والجَدّ وغیر الحاکم لم یصحّ، بل یکون للأب والجَدّ مع وجود أحدهما، وللحاکم مع فقدهما، نعم، لو أوصی لهم علی أن یبقی بید الوصیّ ثمّ یُمَلِّکه لهم بعد بلوغهم(۵) ، أو

علی أن یصرفه علیهم من غیر أن یُمَلِّکَهم یمکن(۶) أن

۱- وفقد الوصیّ من قبل أحدهما أو کلیهما. (المرعشی).

۲- لقصور ولایته عن ذلک. (المرعشی).

۳- استناداً إلی مرسله عامّیّه. (المرعشی).

۴- [۴] راجع مختلف الشیعه: ۶/۴۱۲، الحدائق الناضره ۲۲/۴۱۶، فتاوی ابن الجنیدللاشتهاردی: ۲۴۴.

۵- لکنّه خارج عن فرض الوصیّه علی الأطفال. (المرعشی). * هذا لا إشکال فیه، وغیر مربوطٍ بالوصیّه علی الأطفال، وأمّا الوصیّه بالصرفعلیهم قبل البلوغ من دون المراجعه إلی الولیّ الشرعیّ فلا یخلو من إشکال. (محمّدرضا الگلپایگانی).

۶- وهو المتیقّن. (تقی القمّی).

يقال(۱) بصحّته(۲) ، وعدم(۳) رجوع أمره إلى الأب والجَدّ أو الحاكم.

*

*

*

ص:۵۸۸

۱- لا إشكال فى صحّته فى الصورتَين. (الخمينى). * بل الأقوى صحّتها حينئذٍ. (المرعشى).

۲- بل هو صحيح بلا إشكال. (البروجردى). * بل هو صحيح من دون إشكال. (الفانى). * وهو الأقوى. (حسن القمّى).

۳- فى ما فرضه لا وجه لاحتمال عدم الصحّه أو الإشكال فيها، فالتعبير بالإمكان لايخلو من مسامحه. (البجنوردى).

فصل [فی الموصی به]

ما تصحّ الوصیّه به من الاُمور وما لا تصحّ

تصحّ الوصیّه بکلِّ ما یکون فیه غرض عقلائیّ(۱) محلَّل، من عین أو منفعه، أو حقٍّ قابـلٍ للنقل. ولا فرق فی العین بین أن تکون موجودهً فعلًا أو قوّهً.

فتصحّ بما تحمله الجاریه أو الدابّه أو الشجره(۲) .

وتصحّ بالعبد الآبق منفرداً ولو لم یصحّ بیعه إلّا بالضمیمه.

ولا تصحّ بالمحرّمات(۳) . . . .

ص:۵۸۹

۱- هذا القید وما بعده من الحلّیه مبتیّان علی الاحتیاط. (تقی القمّی).

۲- وإن لم یکن معتاد الوقوع، لکن بشرط الإمکان. (المرعشی).

۳- إن لوحظت الفائده المحرّمه کالشرب والأکـل فی المثالین، وأمّا إن کان الملحوظالفائـده المحلّله شـرعاً المقصوده العقلائیّه فالظـاهر الصـحّه، إلّـا علی مبنی حرمهـالتقلّب فی النجاسـات والمحرّمـات مطلقـاً؛ اسـتناداً إلی مـا لیس بجـدیرٍ أن یسـتند إلیـه. (المرعشـی). * لصـرفها فی الجهـات المحرّمه، أمّـا لـو فرض لهـا جهـات محلّله فلاـ تبعـد صحّهاالوصـیّه بهـا، کالوصـیّه بـالخنزیر لاستعمال شعره فی صنع الحبل، أو شحمه فی طَلِیِ الأجرب، ونحو ذلک. (محمّد الشیرازی).

كالخمر(۱) والخنزير ونحوهما، ولا بآلات اللهو، ولا بمالا نفع فيه ولا غرض عقلائىّ، كالحشرات وكلب الهِرَاش(۲)، وأمّا كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشيه والزرع وإن قلنا بعدم مملوكيّه ما عدا كلب الصيد؛ إذ يكفى وجود الفائده فيها.

ولا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق، كحقّ القذف ونحوه. وتصحّ بالخمر المتَّخَذ للتخليل(۳) .

ولا فرق فى عدم صحّه الوصيّه بالخمر والخنزير بين كون الموصى والموصى له مسلمَين أو كافرَين(۴) أو مختلفَين؛ لأنّ الكفّار أيضاً مكلَّفون بالفروع(۵) ، . . . .

۱- لو فرض لها منافع محلّله وأوصى بها بلحاظ تلك المنافع فالأظهر الصحّه. (حسن القمّى).

۲- [۲] الهِراش: المهارشه بالكلاب، وهو تحريش بعضها على بعض. مختار الصحاح: ۳۵۵. وفى اللسان :وكلب هِراشٍ وخِراش، وفى الحديث: يتهارشون تهارش الكلاب، أى يتقاتلون ويتواثبون. لسانالعرب: ۱۵/۷۵ (ماده هرش).

۳- لا خصوصيّه لهذه الفائده فقط، فالخمر المتّخذه لغيره من الفوائد المحلّله كذلك.(المرعشى).

۴- فيه تأمّل. (الخمينى).

۵- الحكم ببطلان الوصيّه بالخمر والخنزير ولو من الكافر للكافر لعلّه لا يتوقّف على تكليفهم بالفروع. (الخوئى). * لا تبعد وصيّه كلِّ مَن تشملهم قاعده الإلزام، كالكافر يوصى بالخمر والخنزير لكافرٍ آخر، ولا تلازم بين صحّه الوصيّه وبين تكليفهم بالفروع عقاباً، لا بما ينافى قاعده الإلزام، ويؤيّده قول الماتن قدّس سرّه : نعم هم يُقِرّون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً. (محمّد الشيرازى). * فيه تأمّل. (حسن القمّى).

نعم(۱) ، هم یُقِرّون علی مذهبهم وإن لم یکن عملهم صحیحاً.

ولا تصحّ الوصیّه بمال الغیر ولو أجاز(۲) ذلک(۳) الغیر إذا أوصی لنفسه(۴) ، نعم، لو أوصی فضولاً(۵) عن الغیر(۶)

ص:۵۹۱

۱- قاعده الإلزام مخدوشه عندنا. (تقی القمّی).

۲- فیه نظر. (حسن القمّی).

۳- لا مانع منها مع الإجازه. (الفیروزآبادی).

۴- قد مرّ النظر فیه. (عبدالهادی الشیرازی). * الأظهر الصحّه فی الموردین. (الروحانی).

۵- بل یمکن تصحیح الأوّل أیضاً مع إلغاء قیدٍ لنفسه ولو کانت فائدتها راجعهً إلی الأوّل؛ إذ بالإجازه لإنشائه السابق یصدق إضافه الوصیّه إلیه، إلّا أن یشکل فی الفضولیّ فی مطلق الإیقاعات، ولکن فی المقام یمکن جعل الإجازه وصیّهً إجمالیّهًبما ذکره بعد التوسعه فی أمرها. (آقا ضیاء). * الظاهر أنّ إجازه ذلک الغیر تکون وصیّهً منه، لا أنّها تنفیذ لتلک الوصیّه.(صدرالدین الصدر). * إجازه الوصیّه کافیهً عن إنشائها، نظیر ما إذا کتب وصیّهً من دون قصد الإنشاء،بل لتسجیل ما یرید أن یوصی به وتفصیله، ثمّ قال: «هذه وصیّتی»؛ وذلک لعدماشتراطِ لفظٍ خاصٍّ فی الوصیّه. (الفانی).

۶- وکانت الوصیّه من العقود، کما هو الحقّ، وأمّا بناءً علی کونها من الإیقاعات فلامجال للفضولیّه فیها حتّی تلزمها الإجازه. ثمّ إنّ هذا کلّه لو لم تکن إجازه الغیرفی حکم الوصیّه، بل تنفیذ لها، وإلّا فالصحّه واضحه؛ لخروجها عنالمفروض. (المرعشی). * بأن یقول مثلاً: «دار زیدٍ بعد وفاته للفقراء» فأمضاه زید، والظاهر عدم الإشکال فیه علی تقدیر کون الوصیّه عقداً، نعم، علی تقدیر کونها إیقاعاً فجریان الفضولیّ فیها محلّ تأمل، بل منع. (محمّد رضا الگلپایگانی).

احتمل(۱) صحّته(۲) إذا أجاز(۳) .

بطلان الوصيّه فى الزائد عن الثلث إلّا مع إجازه الورثه

(مسأله ۱) : يشترط فى نفوذ الوصيّه كونها بمقدار الثلث أو بأقلّ منه، فلو كانت بأزيد بطلت فى الزائد، إلّا مع إجازه الورثه بلا إشكال.

وما عن عليّ بن . . . .

ص:۵۹۲

۱- لو كانت الوصيّه بمال الغير قابلهً لِان تُفسخ بالإجازه فالظاهر عدم الفرق بين الصورتَين. (جمال الدين الگلپايگانى). * بل هو الأظهر. (تقى القمّى).

۲- لو كانت الوصيّه بمال الغير قابلهً لأن تصحّ بالإجازه فالظاهر عدم الفرق بين الصورتَين. (النائينى). * بل هذا هو الظاهر، وكذا فى الصوره الاُولى؛ لعدم الفرق. (اللنكرانى).

۳- بل هو الأظهر، وأمّا فى الصوره الاُولى _ أى الايصاء لنفسه بمال الغير _ ففيه إشكال ولو أجاز المالك. (البجنوردى). * هذا هو الأظهر. (الخوئى). * وكذا فى الصوره الاُولى أيضاً. (السبزوارى). * بل هو الأقوى. (محمّد الشيرازى). * وهو الأقوى. (حسن القمّى).

بابویه(۱) من نفوذها مطلقاً(۲) علی تقدیر ثبوت النسبه شاذّ. ولا فرق بین أن یکون بحصّه مشاعه من الترکه أو بعین معیّنه.

ولو کانت زائدهً وأجازها بعض الورثه دون بعضٍ نفذت(۳) فی حصّه المجیز فقط، ولا یضرّ التبعیض(۴) ، کما فی سائر العقود. فلو خلّف ابناً وبنتاً وأوصی بنصف ترکته فأجاز الابن دون البنت کان للموصی له ثلاثه إلّا ثلث من ستّه، ولو انعکس کان له اثنان وثلث من ستّه.

وصیّه من لم یقصد الثلث ومن قصد کونها من الأصل أو ثلثی الورثه

(مسأله ۲) : لا یشترط فی نفوذها قصد الموصی کونها من الثلث الّذی جعله الشارع له. فلو أوصی بعینٍ غیر ملتفتٍ إلی ثلثه وکانت بقدره أو أقلّ صحّت. ولو قصد کونها من الأصل(۵) أو من ثُلُثَی الورثه وبقاء ثلثه سلیماً مع وصیّته بالثلث سابقاً أو لاحقاً(۶)

ص:۵۹۳

۱- وحیث إنّ عبارته فی الرساله(لم تتوفر نسخته لدینا) هنا وفی غیره من المسائل مطابقه لعبارات الفقهالرضوی(فقه الرضا ۷: ۲۹۹.)، احتمل بعض أنّ الرضویّ هو بعینه الرساله له، کما هو أحد الأقوال فی المقام. (المرعشی).

۲- وقد حقّقنا فی محلّه عدم استقامه هذا القول، ولکلام ابن بابویه هنا محامل، منها :حملها علی ما سیأتی فی المسأله الثالثه. (المرعشی).

۳- فی حصّه البعض المجیز، وکذا تنفذ فی حصّه الجمیع لو أجاز الکلّ. (المرعشی).

۴- ما لم یکن بالمجموع من حیث المجموع، وإلّا ففیه إشکال. (حسن القمّی).

۵- البطلان فی تمام ما أوصی به مع قصده من الأصل محلّ إشکال. (حسن القمّی).

۶- لا یخفی ضعفه، وکذا حکمه فی الفرع اللاحِق. (الفیروزآبادی).

بطلت(۱) مع(۲) عدم إجازه الورثه. بل وكذا إن اتّفق(۳) أنّه(۴)

۱- إذا كان على وجه التقييد، وإلّا صحّ وبطل ما بعده إذا لم يوصِ بالثلث قبله.(الكوه كَمَرى). * لا تبعد لغويّه قصده وصحّه وصيّته فى الثلث، ولغويّه الوصيّه الثانيه بالثلث، وكذالا يبعد صحّتها فى الفرض الآتى ولغويّه قصده، لكن فى الفرعين إشكال، لا يُترك التخلّص بالاحتياط. (الخمينى). * مع وصيّته بالثلث سابقاً، وأمّا مع عدمها: فإن كان من قصده الوصيّه زائداً عن الثلث فعلاً وقصد بيان مصرف الثلث بعد ذلك فهذه عين الوصيّه بالثلث مع الزياده،وفى الزائد موقوفه على إمضاء الورثه. وأمّا لو لم يرجع إلى الوصيّه بالثلث فعلاً مع الزياده فقصد كون ذلك من الأصل وزائداً على الثلث لغو، سواء أوصى بعد ذلكبالثلث أم لم يوصِ، وهذه الوصيّه نافذه بمقدار الثلث، وما أوصى بعد ذلك فموقوف على الإمضاء. (محمّد رضا الگلپايگانى). * مع وصيّته بالثلث سابقاً، ومع عدمها فالبطلان محلّ إشكال، ومع عدمها رأساًالظاهر هى الصحّه. (اللنكرانى).

۲- يحتمل البطلان فى صوره التقييد، كما يحتمل لغويّه هذا القصد وصحّه الوصيّهبالثلث. (المرعشى).

۳- فيه تأمّل. (الإصفهانى). * إذا كان على وجه التقييد، كما عرفت. (الكوه كَمَرى). * الأقوى الصحّه فى هذه الصوره. (الإصطهباناتى). * فيه نظر. (عبدالهادى الشيرازى). * فيه تأمّل. (عبدالله الشيرازى).

۴- يقوّى الصحّه، وإطلاق التعليل عليل، نعم، يصحّ فى صوره التقييد. (السبزوارى).

لم(۱) یوصِ(۲) بالثلث(۳) أصلاً(۴) ؛ لأنّ الوصیّه(۵) المفروضه(۶) مخالفه للشرع(۷) وإن لم تکن حینئذٍ زائده علی(۸) الثلث(۹) ، نعم، لو کانت فی

۱- الأقرب الصحّه فی هذه الصوره. (محمّد الشیرازی).

۲- الأقوی صحّتها فی هذه الصوره. (البروجردی).

۳- والظاهر نفوذها فی هذه الصوره، ولا أثر لقصده أن یکون من الأصل أو من ثلثی الورثه، بل یقع لغواً. والحاصل: أنّ المعتبر فی نفوذ الوصیّه من غیر توقّفٍ علیالاجازه أن لا یکون أزید من الثلث، ففی کلِّ موردٍ کان الموصی به أقلّ من الثلث أومساویاً له [و] (أضفناه لاقتضاء السیاق.)یکون نافذاً کان قصده من أیّ قسمٍ من أمواله. (البجنوردی).

۴- مشکل فی غایه الإشکال. (حسن القمّی).

۵- ما لم یکن ذلک بنحو التشریع فی التطبیق، وإلّا فهو صحیح. (آقا ضیاء).

۶- المدار فی صحّه الوصیّه علی کونها غیر زائدهٍ عن الثلث، ولا دخل لقصد کونهامن الثلث أو من غیره فی الصحّه والفساد. (الفانی).

۷- إن لم یکن من مصادیق اللغو. (المرعشی). * فیه منع ظاهر. (الخوئی).

۸- لا سبیل إلی هذه الدعوی، ولا إلی المنع عن نفوذ الوصیّه قدر ما یسعه الثُّلُث علیأیّ تقدیر. (جمال الدین الگلپایگانی).

۹- لا سبیل إلی هذه الدعوی، ولا إلی المنع عن نفوذ الوصیّه قدر ما یسعه الثُّلُث علیأیّ تقدیر. (النائینی). * الأقوی الصحّه فی الفرض المذکور، بل وفی سابقه. (صدرالدین الصدر). * بعد عدم کونها زائدهً علی الثلث کیف یدّعی أنّها مخالفه للشرع وباطله؟! بلالأظهر الصحّه فی قدر ما یَسعه الثلث علی أیّ تقدیر. (الروحانی).

واجبٍ(۱) نفذت؛ لأنّه يخرج من الأصل(۲) ، إلّا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

الوصيّه بالأزيد أو بتمام التركه مع الجهل بكونها فى واجب أو فى غيره

(مسأله ۳) : إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجبٍ حتّى تنفذ، أو لا حتّى يتوقّف الزائد على إجازه الورثه، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان(۳) :

۱- فى خصوص المالىّ، ويلحق به الحجّ، وأمّا فى غيره ففيه إشكال تقدّم وجهه. (آقاضياء). * مالىّ دون غيره. (الخمينى). * مالىّ لازم الخروج من الأصل. (المرعشى). * يعنى فى ما يخرج من الأصل. (محمّد رضا الگلپايگانى). * إن كان من الواجبات الماليّه أقلّ توجب اشتغال ذمّته، ويلحق بها الحجّ الإسلامى من الميقات، لا فى غيرها. (حسن القمّى).

۲- مرّ أنّ الواجبات البدنيّه كالصلاه والصوم لا تخرج من الأصل، وبذلك يظهر حالا لمسأله الآتيه. (الخوئى). * تقدّم حكمه. (الروحانى).

۳- الأظهر أن يقال فى منشأ الوجهَين: إنّ التركه هل تنتقل إلى الوارث إذا كان الميّت مديوناً وتكون متعلّقةً لحقّ الدُّيّان، أو لا تنتقل إلّا مازاد عن الدَين؟ فإن قلنا بالأوّل فالأصل عدم تعلّق حقّ الغير بها، فيجوز للوارث التصرّف فى التركه، ولا حاجه إلى إثبات أنّ مورد الوصيّه غير الواجبات الماليّه. وإن قلنا بالثانى فلا يجوز للوارث التصرّف. (صدرالدين الصدر). * والأقرب بناء المسأله على الوجهَين فى باب الميراث، من أنّ تركه الميّت المديون هل تنتقل بمجرّد موته إلى مَن يرثه وتصير ملكاً له لكنّه غير طلق، بلمتعلّق لحقّ الغرماء، أم لا تنتقل إليه إلّا الزائد عن مقدار الدَين؟ فعلى الأوّل لو شكّ فتجرى أصاله عدم تعلّق حقّ الغير، فلا محذور فى تصرّف الوارث، ولا ضروره إلى إثبات كون المورد من الواجبات الماليّه حتّى تخرج من الأصل. وأمّا على الثانى فلايجوز له التصرّف فى التركه. (المرعشى).

ربّما يقال بالأوّل(۱) ، ويُحمل عليه ما دلّ من الأخبار(۲) على أنّه «إذا أوصى بماله كلّه فهو جائز»(۳)، و«أنّه أحقّ بماله ما دام فيه الروح»(۴).

لكنّ الأظهر(۵) الثانى؛ لأنّ مقتضى(۶) ما دلّ(۷) على عدم صحّتها إذا كانت أزيد ذلك، والخارج منه كونها بالواجب وهو غير

ص:۵۹۷

۱- وربّما يحتمل التفصيل بين ما كانت الوصيّه بالكلّ تضييعاً لحقّ الوارث، كما لو كان وارثه مجنوناً، فيُحمل على الصحّه، وبين غيره ممّا يحتمل أنّه أوصى طمعاً فى إجازه الوارث فلا، فتأمّل. (محمّد الشيرازى).

۲- هى الروايات الّتى تمسّك بها والد شيخنا الصدوق(فقه الرضا: ۲۹۸، الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب كتاب الوصايا، ح۵.) فى إثبات النفوذ مطلقاً.(المرعشى).

۳- [۳] الوسائل: الباب (۱۱) من أبواب كتاب الوصايا، ح۱۹.

۴- [۴] الوسائل: الباب (۱۱) من أبواب كتاب الوصايا، ح۱۲ و۱۹.

۵- الأظهريّه ممنوعه. (اللنكرانى).

۶- فى التعليل إشكال. (الكوه كَمَرى). * التعليل عليل، ويُشبِه التمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه. (المرعشى).

۷- هذا تمسّك بالعامّ فى الشبهه المصداقيّه، والأولى التمسّك بأصاله عدم نفوذها فى أزيد من الثلث إلّا مع الإمضاء. (محمّد رضا الگلپايگانى).

معلوم(۱) ، نعم، إذا أقرّ(۲) بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل. بل وكذا إذا قال: «اُعطُوا مقدار كذا خُمساً أو زكاةً أو نـذراً» أو نحو(۳) ذلـك وشـكّ فى أنّها واجبه عليه، أو من باب الاحتياط المسـتحبّىّ فإنّها أيضاً تخرج من الأصـل(۴) ؛ لأنّ الظاهر من الخمس(۵) والزكاه الواجب منهما.

والظاهر من كلامه اشتغال ذمّته بهما.

نفوذ إجازه الوارث فى الوصيّه بعد وفاه الموصى وحال حياته على كلام

(مسأله ۴) : إذا أجـاز الوارث بعـد وفاه الموصـى فلا إشـكال فى نفوذها، ولا يجوز له الرجوع فى إجازته، وأمّا إذا أجاز فى حياه الموصى ففى نفوذها وعدمه قولان(۶) أقواهما(۷) الأوّل، كما هو

۱- هـذا مبنىّ على التمسّـك بالعـامّ فى الشـبهه المصـداقيّه، وليس هنـا أصـل موضـوعىّ منقّـح لمصـداق المخصّـص غير مثبـت. (الفيروزآبادى). * وهذا من التمسّك بعموم العامّ فى الشـبهات المصداقيّه؛ إذ ليس أصـلًا منقّحاًللموضوع فى البين، وأصاله عدم كونها من الواجبات من قبيل الاستصحاب العدمالأزلىّ مثبت. (البجنوردى).

۲- للأدلّه الدالّه على نفوذ الإقرار بالدَين الخالقىّ والخلقىّ. (المرعشى).

۳- النـذر وأمثاله وإن كان من الواجبات الماليّه إلّا أنّ الظاهر عدم إخراجه منالأصل؛ فإنّ الواجبات الماليّه الّتى تخرج من الأصـل هى الّتى توجب اشتغال الذمّهللناس. (حسن القمّى).

۴- بشرط كون هذا الظهور فى كلام الموصى. (الكوه كَمَرى).

۵- فى إطلاقه نظر، وكذا ما بعده. (محمّد الشيرازى).

۶- بل أربعه، الثالث منها التفصيل بين غنى الوارث فلا يؤثّر الردّ، وبين عدمها فيؤثّر،والرابع التفصيل بين استدعاء الموصى، فعدم الصحّه وعدمه فالصحّه. (المرعشى).

۷- لو بقى على إجـازته إلى أن مـات الموصـى، بـل ليس له الردّ حينئـذٍ على الأقوى.(جمال الـدين الگلپايگانى). * فيه إشـكال. (المرعشى).

المشهور(۱)، للأخبار(۲) (۳) المؤيِّده باحتمال(۴) كونه ذا حقٍّ في الثُّلُثَين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقّه، كما لا يبعد(۵) استفادته من الأخبار(۶) الدالّه على أنْ ليس للميّت من ماله إلّا الثُّلُث.

هذا، والإجازه من الوارث تنفيذ لعمل الموصي، وليست ابتداءً عطيّةً من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أوّلاً ثمّ ينتقل إلى الموصى له، بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصي من الأوّل(۷) .

ص:۵۹۹

۱- [۱] جواهر الكلام: ۲۸/۲۷۶، الحدائق الناضره: ۲۲/۴۳۶ _ ۴۳۷، بلغه الفقيه لبحر العلوم: ۴/۱۰۵.

۲- وهي العمده، وإلّا فالمؤيّدات موهونه. (آقا ضياء).

۳- [۳] الوسائل: الباب (۱۳) من أبواب كتاب الوصايا، ح۱.

۴- ليس فيه تأييد من حيث كونه ذا حقّ، ولا في الأخبار واستفادته، ولكنّ أصل القول بالنفوذ تعبّداً للأخبار منصور، كما هو المشهور. (الفيروزآبادي). * التعليل عليل، والاحتمال غير موجَّه، فلا تأييد في البَين. (المرعشي). * هذا الاحتمال ضعيف، كما يأتي منه قدّس سرّه . (محمّد رضا الگلپايگاني).

۵- الاستفاده منها مشكله. (المرعشي).

۶- [۶] الوسائل: الباب (۱۷) من أبواب كتاب الوصايا، ح۲، ۶، ۷.

۷- المستفاد من الأدلّه أن يفصِّل بين كون الإجازه حال الحياه، أو بعد وفاه الموصي،فعلى الأوّل ينتقل المال إلى الموصى له رأساً، وفي الثاني ينتقل أوّلاً إلى الوارث، ثمّإلى الموصى له. (تقي القمّي) .

إذا أجاز الورثه ثمّ ادّعوا الظنّ بقلّه المال

(مسأله ۵) : ذكر بعضهم(۱) : أنّه لو أوصى بنصف ماله مثلًا فأجاز الورثه،

ثمّ قالوا: «ظنّنا أنّه قليل» قُضِیَ علیهم بما ظنّوه، وعلیهم الحِلف على الزائد(۲) . فلو قالوا: «ظنّنا أنّه ألف درهم فبان أنّه ألف دينارٍ قُضِیَ علیهم بصحّه الإجازه فی خمس مائه درهم، واُحلِفوا على نفی ظنّ الزائد(۳) فللموصى له(۴) نصف ألفٍ(۵) دِرهمٍ(۶) من التركه وثُلث البقیّه(۷) ؛

ص:۶۰۰

۱- وجهاً ضعیفاً. (الفیروزآبادی).

۲- أی على نفیه الّذی مآلُه إلى نفی وقوع الإجازه على الزائد، والأقرب إحلافهم على نفی إجازه الوصیّه على الزائد فی تمام هذه المسائل. (المرعشی).

۳- بل یحلفون على عدم إجازتهم الوصیّه بالزائد على الثلث كائناً ما كان، ولا زائداًعلى مقدار سُدُس ألف درهم، ویحتمل إحلافهم على أنّ إجازتهم كانت مبتیّةً علیزعم كذا بناءً على كونهم مدّعین، لكن لِما لا یعلم إلّا من قبلهم. (البروجردی). * ولیكن الحِلف على وقوع الإجازه على نصف ألف درهمٍ بمشیریّه عنوان نصف المال إلیه، وعدم وقوعها على مُعنوَن نصف المال، وهو خمسمائه دینارٍ على الفرض. (الفانی). * بل على نفی احتماله. (الخمینی). * لیرجع إلى الحِلف على نفی الإجازه عن الزائد ممّا ظنّوا، وإلّا فمجرّد نفی الظنّ لایفید نفی الإجازه. (محمّد رضا الگلپایگانی).

۴- للموصى له ثلث التركه بضمیمه التفاوت بین ثلث ألف درهمٍ ونصف ألف درهم،وهو مائه وسبعه وستّون درهماً إلّا ثلث درهم. (الفانی).

۵- أو ثلث المجموع، والزائد علیه بمائه وسبعین إلّا ثلاثه دراهم وثلثاً من درهم.(الفیروزآبادی).

۶- الأولى أن یقال له: ثلث ألف دینار، وله بالإجازه سُدُس ألف درهم. (حسن القمّی).

۷- وإن شئت قلت: یُعطى ثلث ألف دینار، والتفاوت بین ثلث ألف درهم ونصفه،أعنی التفاوت بین ثلاثمائهٍ وثلاثهٍ وثلاثین درهماً وثلث درهم، وبین خمسمائه درهم، وهو مائه وسبعه وستّون درهماً إلّا ثلث درهم؛ وذلك لأنّ الوصیّه فی ثلث أصل المال نافذه لا تحتاج إلى الإجازه، وقد اعترف الورثه بإجازتهم ما به التفاوت بین الثلث والنصف وهو السدس، غایه الأمر مدّعون أنّه هذا المقدار وینفون الزائد،فإذا حلفوا على نفی الزائد یلزمون بهذا المقدار زائداً على ثلث أصل المال الّذی نفذت فیه الوصیّه على كلّ حال، والمسأله بعدُ تحتاج إلى مزید التأمّل. (الإصفهانی). * إذا كان نصف تمام ماله زائداً عن الثلث، وإلّا فضمّ الثلث على هذا الفرض أیضاًمنظور فیه، ولكنّ ما أفاده ذیلًا هو الأقوى، كما لا یخفى، والله العالم. (آقا ضیاء). * فیه تأمّل. (المرعشی). * لا وجه لثلث البقیّه زائداً على خمسمائه دِرهَم؛ لأنّه لو كان المُمضى تمام خمسمائه درهم زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع زائداً على خمسمائه درهم، وإن كان الممضى سُدُس ألف دِرهَمٍ زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع وسُدُس ألف درهم. (محمّد رضا الگلپایگانی).

وذلک لأصاله(۱) عدم(۲) تعلّق الإجازه بالزائد(۳) ،

۱- هذان الأصلان غیر أصیلَین وإن کان المدّعی حقّاً. (الخمینی).

۲- هذا الأصل لا یُجدی فی نفی وقوع الإجازه علی الزائد إلّا علی تمحّلٍ بعید.(المرعشی).

۳- وتفصیله: أن یُعطی ثلث ألف دینار، والتفاوت بین ثلث ألف درهم ونصفه، أعنی التفاوت بین ثلاثمائهٍ وثلاثهٍ وثلاثین درهماً وثلث درهم، وبین خمسمائه درهم،وهو مائه وسبع وستّون درهماً إلّا ثُلُث درهم؛ وذلک لأنّ الوصیّه فی ثلث أصل المال نافذه لا تحتاج إلی الإجازه، وقد اعترف الورثه بإجازتهم ما به التفاوت بین الثلث والنصف وهو السدس، غایه الأمر مُدّعون أنّه هذا المقدار وینفون الزائد، فإذا حلفوا علی نفی الزائد یُلزَمون بهذا المقدار زائداً علی ثلث أصل المال الّذی نفذت فیه الوصیّه علی کلّ حال. (عبدالله الشیرازی).

وأصاله عدم(۱) علمهم بالزائد(۲) ، بخلاف ما إذا(۳) أوصى(۴) بعينٍ معيّنهٍ(۵) كـدارٍ أو عبدٍ فأجازوا، ثمّ ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنّه أزيد بكثيرٍ فإنّه لا يُسمَع منهم ذلك؛ لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلومٍ وهو الدار أو العبد.

ومنهم من سوّى بين المسألتين فى القبول. ومنهم من سوّى بينهما فى عدم القبول. وهذا هو الأقوى(۶) ؛ . . . .

ص:۶۰۲

۱- هذا الأصل يفيد لدعوى عدم العلم، وأمّا لنفى الإجازه فغير مفيد. (محمّد رضاالگلپايگانى).

۲- هذا الأصل غير مفيد؛ إذ يكفى فى إجازه النصف كائناً ما كان احتمال الزياده.(البروجردى).

۳- الظاهر عدم الفرق بين الصورتَين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى فى المسألتَين.(الإصفهانى).

۴- لا يبعد عدم الفرق بين الصورتَين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى فى المسألتَين.(السبزوارى).

۵- الظاهر أنّه لا فرق بين الصورتَين فى ظهور لفظ ما أجازه فى مجموع الزائد على الثلث أى مقدار كان، وأيضاً فى إمكان ظنّهم بأنّه قليل، فإمّا ان لا يُسمَع فى كليهما،أو يسمع فيهما، ولا وجه للفرق بينهما، والظاهر هو السماع فى كليهما. (البجنوردى).

۶- بل الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ دعواهم فى الفرض الثانى ترجع إلى علّه إجازتهم الوصيّه بالعبد بعد الاعتراف بها، وهذه لا أثر لها وإن كانت محقّقه أيضاً، بخلافها فى الأوّل فإنّها راجعه إلى متعلّق الإجازه، فإنّ النصف قابل للكثره والقلّه، فإذا كانت إجازته مبتيّه على زعم كونه كذا وكان فى الواقع أزيد منه لم تتعلّق الإجازه بالزياده.(البروجردى). * لا يبعد كون الأوّل أقوى؛ لأنّه فى الصوره الثانيه يرجع إلى العلّيّه وتخلّف الداعى،بخلاف الصوره الاُولى، فإنّ النصف قابل للكثره والقلّه، ففى الحقيقه ماتعلّقت الإجازه بالأكثر. (عبدالله الشيرازى). * الأقوى هو الأوّل. (الفانى). * التقويه فى صوره الشكّ فى الصدق محلّ تأمّل، وأمّا فى صوره العلم فالأقوى التفصيل بين الصورتَين: بالسماع فى الاُولى، وعدمه فى الثانيه. (المرعشى). * هذا مع الشكّ فى الصدق، وأمّا مع العلم بصدق المدّعَى فالأقوى فى الصوره الاُولى السماع؛ لأنّ النصف فى نظر مَن يعلم بكون الكلّ ألف درهمٍ ليس إلّا خمسمائه درهم، بخلاف الصوره الثانيه؛ فإنّ العبد لا يتفاوت بكثره المال وقلّته أوكثره قيمته وقلّتها، نعم، تخيّل ذلك أوجب إمضاء الدار والعبد، وهذا لا يضرّ بشيء.(محمّد رضا الگلپايگانى).

أخذاً(۱) . . . .

ص:۶۰۳

۱- وإن كان الاحتياط لا ينبغى تركه. (محمّد الشيرازى). * بل الأقوى بحسب القواعد أن يقال: لو تعلّقت الإجازه بمعلوم كالعبد والدار فلايُسمَع منهم، حتّى مع العلم بصدقهم فى دعواهم، إلّا ما كانت إجازتهم عند إنشائهامقيّدةً بكونه بمقدار كذا، وأمّا إن تعلّقت الإجازه بالنصف مثلاً فتُسمع دعواهم، ثمّهل يكونون مدّعِين وعليهم الإثبات أم يكونون منكِرين، أو يفصّل بين ما لو علم من حال الموصى أنّه كان دأبه الاختفاء على أمواله حتّى على أقربائه وولده،فيكون قولهم موافقاً لظاهر الحال، أم لم يكن كذلك، ولعلّه يختلف فى الموارد.والْحَمْدُ لِلّهِ أَوَّلاً وَآخِراً وَصَلَّى اللهُ عَلى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَاهِرِين. (حسن القمّى).

بظاهر(۱) کلامهم فی الإجازه(۲) ، کما فی سائر المقامات، کما إذا أقرّ بشیءٍ ثمّ ادّعی أنّه ظنّ کذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلک ثمّ ادّعی أنّه ظنّ کذا فإنّه لا یسمع منه. بل الأقوی(۳) عدم السماع(۴) حتّی مع العلم(۵) بصدقهم فی دعواهم(۶) ، إلّا إذا علم کون إجازتهم

ص:۶۰۴

۱- تقدّم أنّ الأقوی هو السماع، حتّی مع عدم العلم بصدق دعواهم فضلًا عن صورهالعلم بذلک. (البجنوردی). * فی الاستظهار إشکال. (المرعشی).

۲- لا قوّه فیه. (الکوه کَمَری). * ظهور کلامهم فی الإجازه لا یوجب عدم سماع الدعوی، نعم، منافاتها للإقرارموجب له إذا لم تکن راجعهً إلی تفسیره، کما فی ما نحن فیه. (البروجردی).

۳- بل الأقوی خلافه. (الإصفهانی). * فیه منع. (السبزواری).

۴- بل الأقوی خلافه. (البروجردی). * بل الأقوی خلافه فی الصوره الاُولی، وأمّا فی الصوره الثانیه ــ وهی تعلّق الوصیّهبمثل الدار والعبد ــ وإن کان یمکن الالتزام بعدم السماع وکونها من قبیل تخلّف الداعی إلّا أنّ الأحوط التصالح بین الورثه والموصی له. (عبدالله الشیرازی). * الأقوی السماع. (الفانی).

۵- ما أفاده فی صوره الوصیّه بعینٍ معلومهٍ کالدار مثلًا، وأمّا فی غیرها کالوصیّهبالنصف المشاع ففی عدم السماع فی صوره الثبوت تأمّل. (المرعشی).

۶- هذا إنّما یتمّ فی مثل الوصیّه بمعلوم کالعبد والدار فإنّ الإجازه حینئذٍ تکون نافذهً ولو علم مخالفه علم المُجیز لِما علیه الموصی به من المالیّه فإنّ التخلّف حینئذٍ منقبیل تخلّف الداعی، وهو لا یضرّ بصحّه الإجازه، وأمّا فی مثل الوصیّه بالنصف مثلًا فالمجاز علی تقدیر اعتقاد المُجیز بأنّ المال ألف درهم فرضاً إنّما هی الوصیّه بخمسمائه درهم، فلا تکون الإجازه نافذهً فی الزائد، وبذلک یظهر أنّه لا مانع من سماع الدعوی فی هذه الصوره، إلّا أنّها محتاجه إلی الإثبات؛ لأنّها مخالفه لظاهرالکلام. (الخوئی).

مقیّدهً(۱) بکونه(۲) بمقدار کذا(۳) فیرجع إلی عدم الإجازه، ومعه یشکل

السماع(۴) فی ما ظنّوه أیضاً(۵) .

المدار فی الثلث علی حال وفاه الموصی لا حال الوصیّه

(مسأله ۶) : المدار فی اعتبار الثلث علی حال وفاه(۶) الموصی، لا حال

ص:۶۰۵

۱- یعنی أنّها قُیّدت عند إنشائها بذلک، فتنتفی حینئذٍ بانتفاء قیدها، ولو لم تقیّد کذلک کان علی تقدیر صدقهم فی الدعوی المذکوره من تخلّف الداعی _ ولا أثر له _ فلاتُسمَع دعواه. (النائینی، جمال الدین الگلپایگانی).لا من باب تخلّف الداعی. (المرعشی).

۲- لا یخفی أنّ أصل دعواهم التقیید، فإذا علم بصدقهم لا وجه لعدم السماع، وبیان الحکم بعدم السماع مع العلم والاستثناء رکیک. (الفیروزآبادی).

۳- فإن لم تکن کذلک یکون من قبیل تخلّف الداعی، ولا أثر له. (الإصطهباناتی).

۴- لا إشکال فیه؛ لرضاهم بما ظنّوه، والتقیید من حیث عنوان النصف مثلاً راجع إلی عدم الرضا بالزیاده علی ما ظنّوه. (الفیروزآبادی). * لعلّه من سهو القلم، وصحیحه یشکل القضاء. (الخوئی).

۵- المقصود من هذه العباره: أنّه مع التقیید یشکل ترتیب أثر الإجازه علی ما ظنّوه أیضاً من الزیاده؛ لأنّ المفروض أنّ إجازته کانت مقیّدهً بکون الزائد مقدار کذا، فإذاتخلّف لم تتحقّق إجازه أصلًا، حتّی بالنسبه إلی ذلک المقدار الّذی ظنّوه. (البجنوردی). * فی صوره زیاده المظنون علی المقیّد. (المرعشی).

۶- أخذاً بإطلاق الأدلّه فی المقام، واستظهاراً منها. (المرعشی). * وهو الأظهر. (تقی القمّی).

الوصیّه، بل علی حال حصول قبض الوارث(۱) للترکه إن لم تکن بیدهم حال الوفاه.

فلو أوصی بحصّهٍ مُشاعهٍ کالرُّبُع أو الثُّلُث وکان ماله بمقدارٍ ثمّ نقص کان النقص مشترکاً(۲) بین الوارث والموصَی له، ولو زاد کانت الزیاده لهما مطلقاً وإن کانت کثیره جدّاً.

وقد یقیّد بما إذا لم تکن کثیره؛ إذ لا یعلم إرادته هذه الزیاده المتجدّده، والأصل عدم تعلّق الوصیّه بها، ولکن لا وجه له(۳) ؛ للزوم العمل بإطلاق

ص:۶۰۶

۱- إذا لم یکن نقص الثلث حال قبض الوارث عن زمان الموت بتقصیرٍ منهم.(صدرالدین الصدر). * فی صوره عدم کون النقص مستنداً إلی تقصیرهم. (المرعشی).
۲- بناءً علی کون المستظهر من کلام الموصی الربع أو الثلث فی حال الموت أوالوصیّه. (المرعشی). * هذا الحکم متفرّع علی أنّ الظاهر من لفظ الموصی الربع حال الوصیّه أو حال الموت؛ ولذا لو صرّح بالربع حال الوصیّه ثمّ زاد کانت الزیاده للوارث، وکذا لونقص کان النقص علیه ما لم ینقص ربع المال حال الوصیّه عن الثلث حال الوفاه،وکذا لو صرّح بالثلث حال الوصیّه ثمّ زاد المال کانت الزیاده للوارث، نعم، لو نقص کان النقص علیهما؛ لعدم نفوذ الوصیّه فی أکثر من الثلث حال الوفاه، نعم، ما ذکر من الوصیّه بالعین المعیّنه أو بالکلّی مثل مائه دینارٍ فهو من فروع کون المدار فی الثلث :الثلث حال الموت. (محمّد رضا الگلپایگانی).
۳- نفی الوجه غیر متّجهٍ بعد تسلّم الانصراف إلی کون المعیار حال الوفاه، کما مرّ.(المرعشی).

الوصیّه. نعم، لو کان هناک قرینه قطعیه(۱) علی عدم إرادته الزیاده المتجدّده صحّ ما ذکر، لکن علیه لا فرق بین کثره الزیاده وقلّتها.

ولو أوصی بعینٍ معیّنهٍ(۲) کانت بقدر الثلث أو أقلّ ثمّ حصل نقص فی المال أو زیاده فی قیمه تلک العین بحیث صارت أزید من الثلث حال الوفاه بطلت بالنسبه إلی الزائد، مع عدم إجازه الوارث. وإن کانت أزید من الثلث حال الوصیّه ثمّ زادت الترکه أو نقصت قیمه تلک العین فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصیّه فیها، وکذا الحال إذا أوصی بمقدارٍ معیَّنٍ کلّیٍّ کمائه دینارٍ مثلاً.

حکم الوصیّه بمقدار ثمّ تلف بعض الترکه قبل تنفیذ الوصیّه

(مسأله ۷) : ربّما یحتمل(۳) فیما لو أوصی بعینٍ معیّنهٍ أو بکلّیٍّ کمائه دینارٍ مثلاً أنّه إذا اُتلف من الترکه بعد موت الموصی یُرَدّ النقص علیهما أیضاً بالنسبه، کما فی الحصّه المشاعه وإن کان الثلث وافیاً؛ وذلک بدعوی أنّ الوصیّه بهما ترجع إلی الوصیّه بمقدار ما یساوی قیمتها، فیرجع إلی الوصیّه بحصّهٍ مشاعه. والأقوی(۴) عدم ورود النقص علیهما ما دام الثلث وافیاً،

ورجوعهما إلی الحصّه المشاعه فی الثلث أو فی الترکه لا وجه له، خصوصاً فی الوصیّه بالعین المعیّنه.

۱- إن لم یکن اللفظ وجه إلیها صحّ أیضاً ما ذکر، والفرق بین القلّه والکثره وجهه عرفاً فی الثانی، والانصراف عنه وعدم الوجه إلیه فی الاُولی. (الفیروزآبادی). * أو اطمئنانیّه. (المرعشی).

۲- وجعل المعیار حال الوفاه، کما هو الحقّ المنصور. (المرعشی).

۳- إرجاعاً للوصیّه بالعین المعلومه مثلاً إلی الوصیّه بالحصّه المشاعه من الثلث.(المرعشی).

۴- وهو المنصور بالنظر الدقیق. (المرعشی).

المال الحاصل للموصى بعد الموت

(مسأله ٨) : إذا حصل للموصى مال بعد الموت _ كما إذا نصب(١) شبكه فوقع فيها صيد بعد موته _ يخرج منه الوصيّه(٢) ، كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع اُخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً.

وإذا أوصى بعينٍ(٣) وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها. وكذا إذا أوصى بكلّيٍّ كمائه دينارٍ مثلاً، بل لو أوصى ثمّ قُتِل حسبت ديته من جمله تركته(۴) ، فيخرج منها الثلث، كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً، بل وإن كان عمداً وصالحوا على الديه؛ للنصوص الخاصّه(۵) ، مضافاً إلى الاعتبار(۶) ، وهو كونه أحقّ بعوض(٧) نفسه من غيره(٨) . وكذا إذا أخذ ديهَ جُرحِه خطأً، بل أو عمداً.

*

*

*

١- هذا مبنيّ على تماميّه دخول الصيد في ملك الميّت بنصب الشبكه. (تقي القمّي).

٢- لاستناد هذا المال إلى الموصى، فيصدق عليه المتروك. (المرعشي).

٣- فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالتصالح بين الورثه والموصى له. (المرعشي).

۴- للنصوص الخاصّه، وإلّا الاحتساب والإخراج ممنوعان. (المرعشي).

۵- إن أغمض عن المناقشه بعدم ورودها في الوصيّه. (المرعشي).

۶- الغير الملتفت إليه في الفقه. (المرعشي).

٧- كما يُستفاد ذلك من خبر أبي بصير(الوسائل: الباب (۵۹) من أبواب كتاب القصاص، ح١ و٢.). (المرعشي).

٨- توضيح ذلك: أنّه لمّا كان المقتول هو الّذي ملك نفس قاتله عِوَضاً عن نفسه،وكانت الولايه على مالكه عفواً أو استيفاءً أو إبدالاً بالمال لوليّه، فلو صالح القاتل بالديه تدخل هي كالصيد الواقع في الشبكه الّتي نصبها المقتول في ملكه، لا فيملك الوليّ، ويكون سبيلها سبيل سائر أمواله. (النائيني).

مِسک الختام

بحمـدِ اللهِ ومنِّهِ، وبتوفيقٍ وتسديدٍ من جزيل عطاياه إنتهى الجزء الخامس عشـر من مجموعه «العروه الوثقى والتعليقات عليها»، وبه تمّ هذا المشـروع العلميّ الخالد، الزاخر بمنهل ينابيع العلوم والحكمه الإلهيّه: نصوص القرآن الكريم وسـنّه صاحب الرساله صلى الله عليه و آله وأهـل بيته :. ومن جـانب آخر ومن خلالـل الحشـد الهائل للتعليقات على متون العروه الوثقى، يتجلّى بوضوح سَيْر تطوّر الفقه الناتج من تتبّع جهابذه العلم والاجتهاد من الطائفه الحقّه، نوّر الله مراقد راحليهم وأدام ظلّ حاضريهم.

وفيه نقدّم فائق تقديرنا وشـكرنا لرئاسه المؤسّسه، سماحه آيه الله السيّد الموسويّ الإصفهانيّ دام ظلّه ؛ لإشرافه وتوجيهاته القيّمه ، وأيضاً دعمه وتشجيعه المبارَكين لهذا المشروع العلميّ الكبير وسائر نشاطات المؤسّسه .

ونقـدّم فائق شـكرنا وكثير اعتزازنا لكلّ الإخوه الأساتـذه والأفاضل المنتسبين للمـدارس الحوزويّه والمراكز العلميّه الاُخرى، ممّن ساهم وعمل في مختلف أنشطه هذا السِفر القيّم وفي تحقيق أهدافه المنشوده بأقصى دقّهٍ وسرعه.

ونُعلم أنـّه سـنُلحق إلى هذه المجموعه ما صـنّفه الفقيه الأعظم السيّد الطباطبائي اليزدي قدّس سرّه بعنوان «ملحق العروه الوثقى» قريباً إن شاء الله تعالى .

والحمدُ لله أوّلاً وآخراً على جميع ما أنعم ، والشكر على جميع ما أعطى وأكرم .

مؤسّسه السبطين عليهما السّلام العالميّه

شوّال ۱۴۳۷ ه‍ ق

ص:۶۰۹

مصوّره الصفحه الأُولى من النسخه المخطوطه بأنامل المؤلّف قدّس سرّه

ص:۶۱۰

مصوّره الصفحه الأخيره من النسخه المخطوطه

ويظهر منها أنّه (قدّس سرّه) لم يُتِمَّ مسائلَ الوصيّه

ص:۶۱۱

الفهارس الفنّيه

اشاره

فهرست محتويات الكت_اب

فهرست الإصدارات العلميّه

فهرست محتويات الجزء الخامس عشر من كتاب

العروه الوثقى والتعليقات عليها

كتاب الضمان

(٧ _ ١٠٨)

عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه ٣٣

ص:٦١٢

الضمان بشرط الرهانه ۵۸

ص:۶۱۳

كتاب الحواله

عدم وجوب قبول الحواله ۱۳۷

ص:۶۱۵

كتاب النكاح

نظر المرأه للرجل الأعمى ١٩۶

ص:۶١٧

ص:۶۱۸

ص:۶۱۹

الاُمّ الرضاعيّه كالنسبيه من جهه الحرمه وكذا الاُخت والبنت ۲۹۰

ص:۶۲۱

فصل من المحرّمات الأبديّه: التزويج حال الإحرام

(۲۹۲ _ ۳۰۰)

فصل فى المحرّمات بالمصاهره

(۳۰۱ _ ۳٥۱)

حرمه زوجه الأب والابن على الآخر ۳۰۱

ص:۶۲۲

إذا ادّعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن ٣١٥

ص:٦٢٣

حكم وطء إحدى الأختين المملوكتين ٣٣٩

ص:٦٢٤

حكم موت الحرّه أو طلاقها بعد عقد الأمه ۳۵۵

ص:۶۲۵

حكم الأمه المدَلّسه على الحرّ من جهه النكاح والمهر والولد ۳۹۲

ص:۶۲۶

الخيار فيمن لا يصحّ منها الاختيار ٤١٣

ص:٦٢٧

شرط كمال العاقد ٤٣٢

ص:٦٢٨

تصدیق دعوی عدم الزوجیّه من غیر فحص ۴۷۲

ص:۶۲۹

فصل فى أولياء العقد

(۴۷۶ _ ۵۳۲)

كتاب الوصيّه

(۵۳۵ _ ۶۰۸)

تصرّف الورثه فی العین الموصی بها ۵۵۷

ص:۶۳۱

فصل فى الموصى به

(۵۸۹ _ ۶۰۸)

*

*

*

إنتهى فهرست محتويات الكتاب

ويليه فهرست إصدارات المؤسّسه

فهرست الإصدارات العلميه لمؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه

باللغه العربیه

ـ فقه الإمام جعفر الصادق علیه السّلام : تألیف العلّامه محمّد جواد مغنیه؛، (دوره فقهیه کامله محققه فی ست مجلّدات).

ـ قصص القرآن الکریم دلالیاً و جمالیاً: تألیف الأُستاذ الدکتور محمود البستانی ؛ (فی مجلّدین).

ـ محاضرات الإمام الخوئی؛ فی المواریث : بقلم السیّد محمّد علی الخرسان. تقدیم و مراجعه مؤسسه السبطین علیهما السّلام العالمیه.

ـ المولی فی الغدیر، نظره جدیده فی کتاب الغدیر للعلّامه الأمینی: لجنه التألیف

و البحوث العلمیه ـ القسم العربی.

ـ أدب الشریعه الإسلامیه : تألیف الأُستاذ الدکتور محمود البستانی .؛

ـ عقیله قریش آمنه بنت الحسین علیهما السّلام الملقّبه بسکینه : تألیف السیّد محمّد علی الحلو. مراجعه وتصحیح مؤسسه السبطین علیهما السّلام العالمیه.

ـ أنصار الحسین علیه السّلام ... الثوره والثوار : تألیف السیّد محمّد علی الحلو. مراجعه وتصحیح مؤسسه السبطین علیهما السّلام العالمیه.

ـ التحریف والمحرّفون: تألیف السیّد محمّد علی الحلو. مراجعه وتصحیح مؤسسه السبطین علیهما السّلام العالمیه.

ـ الحسن بن على عليهما السّلام (رجل الحرب والسلام): تأليف السيّد محمّد على الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ بضعه المصطفى صلى الله عليه و آله : تأليف السيد المرتضى الرضوى، تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه، يشتمل على حياه فاطمه عليها السّلام من ولادتها إلى شهادتها ٣.

ـ الحتميّات من علائم الظهور : تأليف السيّد فاروق البياتى الموسوى ؛،

تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ معالم العقيـده الإسلاميه : لجنه التأليف والبحوث العلميه ـ القسم العربى.

ـ هويّه التشيّع: للدكتور الشيخ أحمد الوائلى؛، تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ نحن الشيعه الإماميّه وهذه عقائدنا: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه (طبعه منقّحه مع إضافات).

ـ لماذا اخترنا مذهب الشيعه الإماميّه: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ المثل الأعلى: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ الشيعه و فنون الإسلام: تأليف آيت الله السيد حسن الصدر ١، مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ بحوث عقائديه فى ضوء مدرسه أهل البيت :نصوص مختاره من مؤلفات الإمام السيّد الخوئى ١. إعداد الشيخ ابراهيم الخزرجى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ عصر الغيبه، الوظائف والواجبات. تأليف الشيخ على العبادى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ العروه الوثقى للفقيه الأعظم الطباطبائى اليزدى والتعليقات عليها: (دوره (١٥)، جزء، تضمّ ۴١ تعليقه لكبار المراجع والعلماء الأعلام . إعداد وتحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه وسيلحق بها الجزء (١۶) بعنوان ملحق العروه الوثقى.

ـ الإمام الجواد عليه السّلام ، الإمامه المبكَره... وتداعيات الصراع العباسی: تألیف السید محمّد علی الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ مع السنّه أتباع المذاهب الأربعه : تألیف السید محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ فاطمه بنت أسد، حجر النبوّه والإمامه :لجنه التألیف والبحوث العلميه لمؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ لكل شیء علامه يُعرف بها :تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ أفضل كل شیء وأحسنه : تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ تفسير القرآن الكريم: للسيد المرتضی علم الهدی ١. إعداد وسام الخطاوی، خزعل غازی، إشراف وتحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه. (دوره صدر منها إلی الآن أربعه أجزاء).

ـ البيان فی حوادث آخر الزمان : تأليف السيد محمّد الرضی الرضوی. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ الأمير الشفيق : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ الإمام الحنون : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ بيعه الغدير : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ السيّده الكريمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ نبیّ الرحمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ التعازی: تأليف محمّد بن علی المعروف بـ «ابن الشجری». مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ فتح الباب للوقوف على علم عمر بن الخطاب: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ اتّقوا الظلم: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ الكنز الدفين: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ معالم التشريع الإسلامى: تأليف مؤسسه السبطين العالميّه عليهما السّلام .

باللغه الفارسيه

_ هديه الزائرين وبهجه الناظرين : تأليف ثقه المحدثين الشيخ عبّاس القمّى؛، تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ قطره اى از درياى غدير : لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

_ مهربانترين نامه (شرح الخطبه ۳۱ لنهج البلاغه) : تأليف السيّد علاء الدين الموسوى الإصفهانى.

_ پرسش ها و پاسخ هاى اعتقادى: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

_ روزشمار تاريخ اسلام : لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

_ غربت ياس: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

_ حجاب حريم پاكى ها: لجنه التأليف والبحوث العلميّه _ القسم الفارسى.

_ سكينه؛ پرده نشين قريش: قسم الترجمه.

_ أطيب البيان فى تفسير القرآن: (دوره تشتمل على ثلاثه وعشرين مجلّداً) :

تأليف آيت الله سيد عبدالحسين الطيب ١، تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

_ شبهاى پيشاور (ليالى بيشاور): تأليف سلطان الواعظين الشيرازى،

تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه (فى مجلّدين).

ـ گلستان حديث: لجنه التأليف والبحوث العلميّه ـ القسم الفارسی.

ـ اصالت مهدويت: لجنه التأليف والبحوث العلميّه ـ القسم الفارسی.

ـ امير يتيم نواز: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ امام مهربان: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ بيعت غدير : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ پيامبر رحمت : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ دُرْدانه نبی : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

ـ ريحانه نبی : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

باللغه الانجليزيه

ـ عقيله قريش آمنه بنت الحسين عليهما السّلام الملقبه بسكينه: قسم الترجمه.

ـ شهاده فاطمه الزهراء عليها السّلام حقيقه تاريخيه : قسم الترجمه.

ـ بحوث حول الإمامه: قسم الترجمه.

ـ بحوث حول النبوه: قسم الترجمه.

ـ علوم قرآنيه: قسم الترجمه.

ـ مفاهيم قرآنيه: قسم الترجمه.

باللغه الأُردويه

ـ شهاده فاطمه الزهراء عليها السّلام حقيقه تاريخيه : قسم الترجمه.

ـ قطره ای از دريای غدير : قسم الترجمه.

_ مشفقانه وصیت نامه (شرح الخطبه ۳۱ لنهج البلاغه) : قسم الترجمه.

ص:۶۳۸

باللغه الفرنسيه

ــ مؤتمر علماء بغداد: تأليف مقاتل بن عطيّه، قسم الترجمه.

قيد التأليف، التحقيق، الترجمه والنشر

ملحق العروه الوثقى. وبه تكتمل دوره العروه الوثقى والتعليقات عليها فى (۱۶) جزء.

الجزء الخامس من تفسير القرآن الكريم للشريف المرتضى ۱.

مجمع البيان فى تفسير القرآن: تحقيق وإضافات مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

الموسوعه الإسلاميّه العامّه: تأليف مؤسّسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

منتخب التواريخ (باللغه الفارسيه): تأليف ملّا محمّد هاشم الخراسانى. يتناول تاريخ المعصومين : وما يتعلّق بمعاصريهم ومناطق تواجدهم ومراقدهم.

فاطمه بنت أسد: ترجمه النسخه العربيّه إلى الفارسيّه. قسم الترجمه فى المؤسّسه.

عصرالغيبه: ترجمه النسخه العربيه إلى الفارسيه. قسم الترجمه فى المؤسّسه.

البيان فى حوادث آخر الزمان: الطبعه الرابعه، مراجعه وتصحيحات جديده.

بحوث عقائديه: نصوص مختاره من مؤلّفات الإمام الخوئى ۱. الطبعه الثانيه، مراجعه وتصحيحات جديده.

محاضرات الإمام الخوئى قدّس سرّه فى المواريث : بقلم المرحوم السيّد محمدعلى الخرسان. الطبعه الثانيه، مراجعه وتصحيحات جديده.

مركز النشر و التوزيع لمؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه

۱ ـ المعرض الرئيسى: قم ـ شارع انقلاب (چهارمردان)

الزقاق ۲۶ ـ رقم ۴۷ و ۴۹

الهاتف: ۳۷۷۰۳۳۳۰ ـ ۰۲۵ الفاكس: ۳۷۷۰۶۲۳۸ ـ ۰۲۵

۲. المعرض الفرعى: قم ـ شارع معلم ـ عماره ناشران

الطابق الأوّل ـ جناح رقم ۱۰۶

الهاتف: ۳۷۸۴۲۴۱۹ ـ ۰۲۵ و ۳۷۸۴۲۴۲۰ ـ ۰۲۵

URL: WWW.SIBTAYN.COM

_E_MAIL: SIBTAYN@SIBTAYN.COM_

ص: ۶۴۰

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِى الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:
تأسّس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامی عام ١۴٢۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها.
وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبیّ عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين فی الحوازت العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها فی ملفات الكترونية

السياسات:
مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتينية وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الكتب والملزمات والدوريات
إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب
إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية
إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية
افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها
تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms
إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس
إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين
إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛
١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB
إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية
١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فی تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزی
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولی.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكترونی : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزی ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب فی طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹